

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ANA CAROLINA CERIOTTI

A EXCEÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO
Crítica do discurso da *Law and Economics* a partir de Giorgio Agamben

FLORIANÓPOLIS

2013

ANA CAROLINA CERIOTTI

A EXCEÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Crítica do discurso da *Law and Economics* a partir de Giorgio Agamben

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis

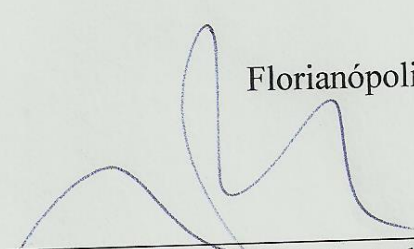
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

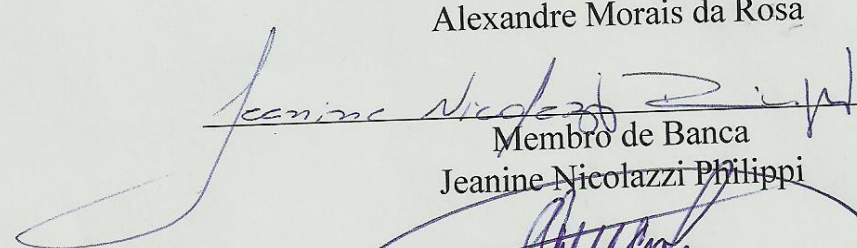
ATA DE SESSÃO DE AVALIAÇÃO
DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

A monografia final intitulada "**A exceção econômica do Direito: crítica ao discurso da Law and Economics a partir de Giorgio Agamben**", elaborada por **Ana Carolina Ceriotti**, matrícula nº 08205001, foi apresentada e defendida em sessão pública de arguição e avaliação, em 02 de Julho de 2013, às 09 horas e 00 minutos, na Sala 109 do CCJ, perante a banca examinadora formada pelos membros abaixo assinados, tendo obtido aprovação com nota 10 (dez) e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n. 003/95/CEPE.

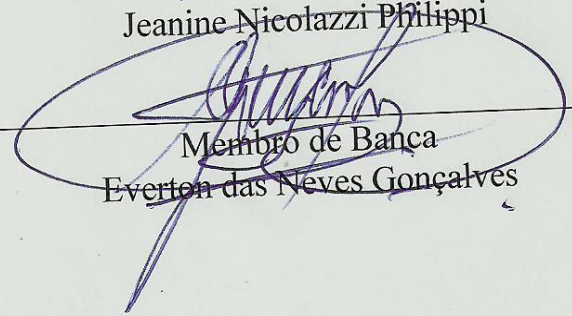
Florianópolis, 2 de Julho de 2013



Professor(a) Orientador(a)
Alexandre Moraes da Rosa



Membro de Banca
Jeanine Nicolazzi Philippi



Membro de Banca
Everton das Neves Gonçalves

*Estranhem o que não for estranho.
Tomem por inexplicável o habitual.
Sintam-se perplexos ante o cotidiano.
Tratem de achar um remédio para o abuso
Mas não se esqueçam de que o abuso é sempre a regra.*
(BERTOLD BRECHT)

*Dedico este trabalho ao meu primo Maisson
Ceriotti, por seu inesquecível riso contagiante e
pela imensa saudade que deixou ao ter partido no
curso da elaboração deste trabalho, tão cedo e
inesperadamente, sem que houvesse tempo para
despedidas.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de início, aos meus pais, Ivonir e Ana Marizete, que são meus maiores exemplos de garra, perseverança e ética. Eles que, desde cedo, se preocuparam em demonstrar aos filhos a importância da dedicação aos estudos e que, mesmo à distância, sempre deram apoio incondicional e investiram tudo o que foi possível, material e afetivamente, em minha formação e de meu irmão. Agradeço à minha avó Ana, a qual tenho como uma segunda mãe, por todo o afeto e carinho que tem pelos seus netos.

Ao meu irmão Pedro, pela amizade, descontração e bom humor, e por ter sido a melhor companhia que eu poderia ter durante esses 5 anos de graduação em Florianópolis.

Ao meu namorado, Elias, pelo incentivo, pela alegria, pelo apoio incondicional e pela sua capacidade única de me fazer rir até perder o fôlego, seja qual for a situação.

Ao meu cãozinho Sebastian, pela fiel companhia nas madrugadas de estudo.

Aos meus tios, Tio Mauro e Tia Maga, que por muitas vezes deixei de ir visitar devido aos compromissos da graduação, mas que, mesmo assim, sempre estiveram presentes, estendendo-me a mão.

Aos grandes amigos que fiz durante os anos de graduação, agradeço pela amizade e companheirismo, por tornar esses anos muito mais divertidos, especialmente à Maihara, Marcele, Sara e Tamila. Agradeço à Malu, com quem passei momentos memoráveis, por me mostrar o significado da palavra amizade, com todas as suas implicações.

Ao PET Direito, que fez toda a diferença na minha graduação, pois me mostrou a importância da pesquisa acadêmica e do pensamento crítico. Agradeço a cada membro do grupo e especialmente à professora Jeanine, nossa querida tutora.

Aos professores do Curso de Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, pelos ensinamentos passados ao longo desses anos.

Em especial, ao meu orientador, professor Alexandre Moraes da Rosa, a quem dedico grande admiração e tenho como exemplo de profissional acadêmico e juiz. Sou grata por ter tido a honra de conviver com essa figura ímpar, tanto como estagiária, quanto como aluna e orientanda, e que me fez ver que ainda há esperança na luta por nossos ideais.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, fizeram parte da minha graduação e contribuíram, direta ou indiretamente, para a elaboração do presente trabalho, o qual representa o fim de uma etapa em minha formação acadêmica, bem como em minha vida pessoal e profissional.

RESUMO

A presente monografia, elaborada como trabalho de conclusão de curso para fins de obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, tem como intuito analisar o discurso da *Law and Economics* à luz dos conceitos de estado de exceção e *homo sacer*, elaborados por Giorgio Agamben, fazendo uma breve referência a Carl Schmitt, a fim de buscar a compreensão das categorias de poder, soberania e exceção. O objetivo é demonstrar que, no atual paradigma neoliberal, vive-se num estado de exceção econômico permanente, no qual a soberania se concentra em grande parte nas mãos do mercado e todos os indivíduos estão reduzidos à condição de *homo sacer*. A importância do estudo está em procurar compreender de que forma o discurso da *Law and Economics*, que se apresenta como neutro e universal, porém é fruto do neoliberalismo, contribui para a perpetuação do estado de exceção econômico como regra.

Palavras-chave: estado de exceção; soberania; Giorgio Agamben; neoliberalismo; análise econômica do direito; exceção econômica; *homo sacer*.

ABSTRACT

This monograph study, submitted as final paper to Federal University of Santa Catarina with the purpose of obtaining a bachelor's degree in Law, intend to examine the discourse of Law and Economics, applying the concepts of state of exception and *homo sacer*, developed by Giorgio Agamben, making a brief reference to Carl Schmitt in order to seek understanding of the categories of “power”, “sovereignty” and “exception”. The end is to demonstrate that, in the current neoliberal paradigm, people are living in a state of permanent economic exception, in which sovereignty is concentrated largely in the hands of the market and the individuals are reduced to the status of *homo sacer*. The importance of the study is to understand how the discourse of Law and Economics, which presents itself as neutral and universal, but is the result of neoliberalism, contributes to the perpetuation of the economic state of exception as the rule.

Keywords: state of exception; sovereignty; Giorgio Agamben; neoliberalism; Law and Economics; economic analysis of law; economic exception; *homo sacer*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. GIORGIO AGAMBEN: UMA APRESENTAÇÃO NECESSÁRIA	11
1.1. Contexto histórico	11
1.2. Origens do estado de exceção	12
1.2.1. Poder e Soberania	17
1.2.2. Estado de exceção: entre o poder soberano e a decisão	22
1.2.3. O estado de exceção em Giorgio Agamben.....	25
1.3. Homo sacer	35
1.3.1. Origem e significado	35
1.3.2. Homo sacer, poder soberano e estado de exceção	37
2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: O ESTADO NEOLIBERAL	43
2.1. Origem e história	43
2.1.1. Liberalismo.....	43
2.1.2. Estado de bem-estar social	44
2.1.3. Neoliberalismo.....	46
2.2. Doutrina neoliberal	50
2.3. Crítica ao discurso neoliberal.....	53
3. <i>LAW AND ECONOMICS</i> : UMA INVENÇÃO NEOLIBERAL.....	57
3.1. Interações entre Direito e Economia e surgimento da <i>Law and Economics</i>	57
3.2. Fundamentos gerais da <i>Law and Economics</i>	62
3.2.1. Racionalismo	64
3.2.2. Eficiência.....	65
3.2.3. Custos de transação.....	67
3.3. <i>Law and Economics</i> e a exceção econômica do Direito	69
3.3.1. Discursos de legitimação.....	72
3.3.2. Lógica eficientista.....	75
3.3.3. O papel do Estado e do Direito.....	76
3.3.4. Casos Práticos	
3.4. Serão todos <i>homines sacri</i> ?.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

INTRODUÇÃO

A presente monografia tratará, a partir da abordagem crítica, do discurso da *Law and Economics*, como reflexo direto do paradigma neoliberal, e suas implicações no que diz respeito à instauração do estado de exceção econômico como novo paradigma político, com enfoque nos reflexos que tal exceção gera no campo do Direito.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo e, como auxiliar, pesquisa bibliográfica, este especialmente no primeiro capítulo. Assim, partir-se-á de marcos teóricos e históricos a fim de delinear o tema do estado de exceção, já consolidados por autores como Carl Schmitt e Giorgio Agamben para, após contextualizar o estudo no paradigma neoliberal, chegar-se a questões mais específicas, tentando-se demonstrar de que forma o estado de exceção se perpetua e se manifesta nos mais diversos âmbitos da vida social, inclusive o jurídico.

Inicialmente, é preciso deixar claro que, apesar de reconhecer a importância da contribuição de Walter Benjamin neste tema, o presente estudo se restringirá a trabalhar com o pensamento de Schmitt e Agamben, diante da incompatibilidade existente entre a densidade das obras desses autores e a limitação espacial e temporal à qual está submetido este trabalho de graduação, a começar porque deve obedecer a um máximo de páginas.

Através de pesquisas realizadas junto ao grupo PET Direito, eis que surge a questão central deste estudo: no atual estado de exceção permanente, que se constitui como paradigma político da modernidade, estarão todos os indivíduos reduzidos à condição de *homo sacer*? Para responder este problema, bem como identificar o papel do Direito e a relação do estado de exceção econômico instaurado pelo paradigma neoliberal com o movimento da *Law and Economics*, o presente estudo será dividido em três partes distintas, cada qual correspondente a um capítulo.

O primeiro deles será essencialmente teórico e abordará os conceitos-chave da obra do italiano Giorgio Agamben, necessários para compreender o restante do trabalho. Embora, em algumas passagens, será feito um paralelo entre as obras de Agamben analisadas e o contexto atual, este primeiro momento do estudo se pretende mais teórico, tendo como objetivo a compreensão dos conceitos que serão necessários para o desenrolar do trabalho.

Neste primeiro Capítulo, será contextualizada a vida e obra de Agamben, a qual se entende fundamental para que seja possível compreender quando e para que(m) o filósofo escreveu seus textos. Na sequência, buscar-se-á, na própria obra de Agamben, as origens do

estado de exceção, o que se dará por meio do resgate do "*iustitium*" romano, passando depois pela revolução francesa e pela conjuntura dos grandes confrontos globais. Na sequência, entendendo que o conceito de soberania está ligado intimamente com o de estado de exceção, introduzir-se-á no texto as ideias de poder e soberania de Carl Schmitt (2006 e 2010), conectando tais categorias com o estado de exceção. Visando demonstrar esse liame, será feita menção à célebre afirmativa com a qual Schmitt inicia sua "Teologia Política": "soberano é aquele que decide pelo estado de exceção" (SCHMITT, 2006, p. 11), a qual reúne, em poucas palavras, os conceitos de soberano, decisão e estado de exceção, que serão adiante retomados. Feita a introdução à Schmitt e seus conceitos que dialogam com a obra de Agamben, partir-se-á para a análise mais detida deste último autor, com base principalmente em duas obras essenciais: "Estado de Exceção" (AGAMBEN, 2004) e "Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I" (AGAMBEN, 2007).

Após se debruçar sobre o conceito de estado de exceção e suas manifestações, e de introduzir o debate da soberania, será analisada, ainda de acordo com Agamben, a origem da figura do *homo sacer*, relacionando-o com os demais conceitos já apresentados anteriormente, quais sejam: estado de exceção e soberania, na tentativa de demonstrar a ligação direta que há entre eles.

O Capítulo segundo tratará de contextualizar o tema estudado dentro do paradigma neoliberal. Para tanto, fará uma breve introdução aos paradigmas que o antecederam no sistema capitalista, quais sejam, o liberalismo e o estado de bem-estar social. Esses dois últimos modelos, contudo, não serão aprofundados por não constituírem o objeto direto do presente estudo, em que pese não se poder deixar de mencioná-los. Este Capítulo será, dos três, o mais sucinto, porém não menos importante. Nele será mencionada a origem norte-americana do modelo neoliberal, sua pretensão universalizante, os principais presidentes que o adotaram, de que forma ele se tornou técnica de governo após a segunda metade do Século XX, dentre outras questões. Por fim, terá lugar a crítica ao referido sistema, a qual coincide, em muitos aspectos, à crítica que será dirigida à Análise Econômica do Direito na sequência.

O terceiro e último Capítulo será o que merecerá maior destaque, pois apresentará a *Law and Economics*, porém irá se ater aos pontos principais do movimento, diante da limitação que é inerente a um trabalho de conclusão de curso de graduação. Inicialmente, serão buscadas as origens da interação entre Direito e Economia, fazendo uma breve menção aos autores clássicos que começaram a tratar desses dois temas em conjunto, até chegar ao efetivo surgimento da *Law and Economics* enquanto movimento, na segunda metade do

Século XX. Essa parte será mais histórica, e terá como intuito apresentar os principais autores e obras, em evolução cronológica nos mais diversos países, até chegar ao Brasil. Apresentadas as origens, serão analisados os principais fundamentos da teoria, tratando-se mais detidamente dos conceitos de racionalismo, eficiência e custos de transação.

Compreendida a teoria, terá lugar a crítica, a qual será feita a partir da articulação dos três capítulos do trabalho: o discurso da Análise Econômica do Direito será apresentado como instituidor de um estado de exceção econômico no campo do Direito. Nesse ponto, procurar-se-á demonstrar as similitudes dos discursos neoliberal e da *Law and Economics*, tratando-se desta como fruto do neoliberalismo. Para sistematizar a crítica, os pontos a serem atacados serão distribuídos em tópicos próprios, quais sejam: os discursos de legitimação, a lógica eficientista, o papel do Estado e do Direito segundo a lógica neoliberal e da *Law and Economics* e, finalmente, a pertinência da crítica será demonstrada a partir de três casos práticos que servirão de exemplo: os tribunais da copa, a inversão do ônus da prova no processo penal e monitoramento de informações pelos Estados Unidos.

Por fim, será respondida a questão sobre se, na conjuntura apresentada, todos os indivíduos estão reduzidos à condição de “vida nua”, momento em que se procurará identificar quem são os *homines sacri* e quem são os soberanos da atualidade.

Seguem, para terminar, as considerações finais e as referências bibliográficas.

1. GIORGIO AGAMBEN: UMA APRESENTAÇÃO NECESSÁRIA

1.1. Contexto histórico

Giorgio Agamben nasceu no ano de 1942, em Roma, formou-se em Direito em 1965 e publicou “*Homo Sacer Homo: Il potere sovrano e la nuda vita*”, uma de suas principais obras, em 1995, quando e em razão da qual se tornou internacionalmente conhecido, sendo que hoje é considerado um dos maiores filósofos vivos.

A atualidade e importância dos temas abordados pelo autor não podem ser estudados sem antes compreender o contexto histórico por ele vivido. E não é preciso um exercício de memória muito apurado para lembrar que o nascimento do autor ocorreu no auge da Segunda Guerra Mundial, evento este fortemente marcado pelos regimes totalitários surgidos após o confronto global que o antecedeu, em especial o nazismo e o fascismo, e que culminou com o desmantelamento das democracias europeias.

Os conflitos globais e o extermínio humano provocado pelas guerras mundiais (seja em razão dos regimes totalitários, campos de concentração e perseguição dos judeus, seja pelo ataque nuclear em Hiroshima e Nagasaki), trouxeram ao debate mundial, principalmente a partir do surgimento da ONU (criada após a Segunda Guerra Mundial), o tema dos direitos humanos, fazendo com que os Estados nacionais passassem a se debruçar com mais atenção sobre os direitos sociais – inaugurando o *welfare state* (“Estado de bem-estar social”, cuja ideia central foi adotada pela Constituição da República de 1988, bem como pela maioria das Constituições dos países ocidentais), o que será retomado no segundo capítulo.

No entanto, mesmo após as duas grandes guerras mundiais, o cenário global continuou sendo de instabilidade e turbulências, e o conflito bélico deu lugar ao conflito econômico (nem por isso menos mortal que o anterior).

Nesse cenário, com o passar dos anos e através das crises enfrentadas pelo sistema capitalista, notou-se que o Estado de Bem-Estar Social gerava consideráveis gastos públicos, razão pelo qual passou a ser implementado o modelo Neoliberal (na Inglaterra com o governo de Margaret Thatcher, talvez o mais conhecido), cuja principal consequência foi o aumento exponencial do nível de desigualdade social e concentração de renda.

Assim, definido, ainda que brevemente, o contexto histórico em que o autor viveu e construiu sua obra (tomando por base, principalmente, a Segunda Guerra Mundial e regimes totalitários nela inaugurados), fator fundamental para a compreensão de seus estudos, cumpre a partir de agora tratar mais detidamente dos principais conceitos por ele criados e que

norteiam este trabalho, os quais serão utilizados mais adiante, fulminando na crítica à Análise Econômica do Direito.

No entanto, não há como falar de Agamben sem fazer menção aos estudos de seu precursor, Carl Schmitt, ou seja, para que sejam compreendidos certos conceitos do italiano Giorgio Agamben, será preciso fazer menção a trabalhos construídos por outros autores, especialmente Schmitt.

Dentre as categorias analisadas, as eleitas como mais importantes para guiar este estudo são o estado de exceção e o *homo sacer*.

1.2. Origens do estado de exceção

Dentre os conceitos fundamentais para o desenrolar do presente estudo, o mais importante deles é o de estado de exceção.

Antes de se buscar a origem do instituto do estado de exceção, cumpre ressaltar que o foco do presente trabalho não é histórico, mas sim a conceituação e aplicação do estado de exceção no sentido moderno do termo. No entanto, entendendo que a busca pelas origens de um instituto é fundamental para sua compreensão, é essencial retratar seu surgimento, ainda que brevemente.

Agamben (2004, p. 67) entende que, historicamente, é no *iustitium* romano, cujo termo significa, literalmente, “suspensão do direito”, que se encontram as origens mais remotas ou, ao menos, muitas semelhanças com o que hoje entende por estado de exceção.

O *iustitium* romano tinha lugar sempre que o Senado, tendo notícia de alguma situação que pusesse em perigo a república, emitia um “*senadus consultum ultimum*”, por meio do qual declarava o *tumultus* e pedia aos cônsules, pretores, tribunos da plebe e, inclusive, aos cidadãos, que tomassem qualquer medida que entendessem necessária para a conservação do Estado. Essa prerrogativa do Senado romano era denominada *auctoritas patrum*¹ pela constituição da época.

¹ Sobre *auctoritas* x *postestas*, Agamben faz menção a Schmitt que, na obra “O guardião da Constituição”, em 1937, contrapõe esses dois conceitos para buscar definir o poder concedido ao presidente do Reich no estado de exceção. Assim, para ele, embora o Senado tivesse a *auctoritas*, era do povo que provinham a *postestas* e o *imperium*. O termo *auctoritas*, especificamente, designava no âmbito privado o poder do *pater familias* (pátrio poder) para ratificar, validar ou autorizar a prática de algum ato alheio (praticado por incapaz sob seu poder). No direito público, por outro lado, o termo *auctoritas* designa uma prerrogativa inerente ao Senado. Desse modo, a *auctoritas*, sob suas mais diversas formas, representa tanto o poder que confere legitimidade quanto o que suspende o direito (AGAMBEN, 2004, p. 116).

O *tumultus*, por sua vez, nada mais era do que uma situação de emergência, gerada por meio de uma guerra, por exemplo, ou por qualquer outro acontecimento do qual pudesse resultar desordem ou agitação.

Com efeito, o *iustitium*, aplicado no contexto de um *tumultus*, determinava a suspensão do direito como um todo, produzindo um vazio jurídico e foi tratado, por muitos autores, como sendo o que atualmente se denomina “legítima defesa”. Assim, a prerrogativa conferida aos cidadãos de tomar as medidas necessárias para a conservação da ordem estatal, correspondia a um direito de legítima defesa conferido tanto para os particulares enquanto cidadãos, como também para o próprio Estado.

Em que pese a importância do tema, os primeiros estudos sobre o *iustitium* foram publicados apenas em 1877, por Adolphe Nissen, com o nome *Das Iustitium* (“O *iustitium*”), sendo que, até então, este elemento da cultura romana tinha passado quase que despercebido pelos estudiosos² (AGAMBEN, 2004, p. 72). O autor critica seus antecessores que nunca se debruçaram efetivamente sobre o referido instituto e que se referiam a ele, na maioria das vezes, como meras “férias jurídicas”.

Para Nissen, mais do que isso, o *iustitium* se tratava, efetivamente, da interrupção do direito, da suspensão de todos os direitos e deveres dos cidadãos, magistrados ou particulares. Portanto, segundo esse autor, o *iustitium* estava ligado ao *consultum*³ romano (AGAMBEN, 2004, p. 74).

Importante frisar que os autores divergem ao tratar da natureza dos atos praticados durante o *iustitium*, no sentido de serem tais atos passíveis de controle ou não (possibilidade de julgamento e punição) após a restauração da “ordem”, visto que esses atos são praticados na ausência de qualquer prescrição ou determinação jurídica, tendo em vista que o direito é suspenso. Sobre esse tema, enuncia Agamben (2004, p. 77):

É nessa perspectiva que se deve considerar também a impossibilidade (comum às fontes antigas e às modernas) de definir com clareza as consequências jurídicas dos atos cometidos durante o *iustitium* com o objetivo de salvar a *res publica*. O problema era de especial relevância porque dizia respeito à possibilidade de punir com a morte um cidadão romano *indemnatus*. Cícero, a respeito do assassinato dos partidários de Caio Graco por parte de Opímio, já define como “um problema interminável” (*infinita quaestio*); Nissen, por sua vez, nega que o magistrado que

² Um dos motivos para que, provavelmente, o *iustitium* não tenha sido objeto de estudo da maioria dos autores foi a dificuldade em encontrar sua definição semântica, porquanto, após a República, o termo passou a ser usado para designar o “luto público”, gerado pela morte do soberano ou de algum parente seu. Esse fato acaba por apagar a lembrança do *iustitium* como precursor do estado de exceção moderno.

³ Em casos extremos, em que inclusive o direito era posto de lado, por meio do *senatus-consulto* os magistrados romanos eram liberados de suas obrigações legais. O *consultum*, assim como o *iustitium*, pressupõe o *tumultus*. Por serem capazes de suspender a ordem jurídica, ambos os institutos marcavam o limite da ordem constitucional romana (AGAMBEN, 2004, p. 74).

tivesse agido em resposta a um *senatus-consulto*, bem como os cidadãos que o tivessem seguido, pudessem ser punidos quando terminado o *iustitium*; porém, é contestado pelo fato de que Opímio teve, apesar de tudo, que enfrentar um processo (mesmo que absolvido depois) e de que Cícero foi condenado ao exílio em consequência de sua sangrenta repressão à conjuração de Catilina.

Conforme se infere do trecho acima, Agamben preocupa-se em demonstrar a controvérsia existente entre os filósofos que estudaram o *iustitium* romano no que toca à responsabilização dos atos praticados na sua vigência. No entanto, para o autor, as conclusões apresentadas por seus antecessores estão equivocadas. É que, segundo ele, como o *iustitium* está fora do âmbito do direito, os atos produzidos sob o contexto de um vazio jurídico não podem ser determinados juridicamente. Ou seja, durante a vigência desse instituto, os cidadãos e magistrados não executam e tampouco transgridem nenhuma lei, porque nessa conjuntura todas as leis encontram-se suspensas⁴.

Pode-se afirmar que a principal relevância do *iustitium* criado na Roma antiga no que concerne às similitudes do estado de exceção moderno é, portanto, o problema da classificação dos atos praticados durante sua vigência, dado que sua natureza escapa a qualquer definição jurídica.

Prosseguindo com sua análise histórica, Agamben (2004, p. 40), ao tentar explicar o fenômeno do estado de exceção, retoma o conceito da “necessidade”, formulado no *Decretum* de Graciano, cuja máxima ainda é hoje bastante conhecida: *necessitas legem non habet*, ou seja, “a necessidade não tem lei”. Graciano teria criado essa expressão ao fazer referência à celebração da missa, porquanto, segundo seu exemplo, a missa deveria ser celebrada num altar sagrado, sendo preferível não cantar e nem ouvir missa a celebrá-la num local indevido, a menos que seja extremamente necessária sua celebração, porque “a necessidade não tem lei”. Ou seja, pode-se dizer, do que se tem de registros históricos, que pelo menos desde o início do primeiro milênio, com Graciano, a necessidade já era entendida como uma situação de exceção.

Tomás de Aquino, na *Suma Teológica* (no original “*Summa Theologica*”⁵), também aproxima a necessidade da situação excepcional, afirmando que a necessidade não está sujeita à lei.

Nesses autores, portanto, a necessidade nada mais é do que um caso que, por sua singularidade, escapa à aplicação da regra geral, exigindo a tomada de medidas urgentes, de modo que a necessidade não é fonte de lei e tampouco a suspende, mas sim retira um caso

⁴ Nas palavras de Agamben, “aquele que age durante o *iustitium* não executa e nem transgide, mas *inexecuta* o direito” (AGAMBEN, 2004, p. 78).

⁵ Texto na íntegra disponível em: <http://sumateologica.wordpress.com/download/>.

particular do âmbito da norma justamente pelo fato de escapar da normalidade – é a exceção no sentido mais literal do termo.

Assim, para os filósofos da época medieval, a lei tinha como função a preservação da vida através da regulação da convivência pacífica e harmônica em sociedade, de modo que, em um determinado caso excepcional, se a estrita observância da lei não levasse a esse fim, estaria autorizada sua não aplicação.

Ao tecer comparações entre a necessidade assim entendida pelos filósofos da idade média e o estado de exceção na acepção moderna do termo, Agamben (2004, p. 42) afirma que:

A exceção medieval representa, nesse sentido, uma abertura do sistema jurídico a um fato externo, uma espécie de *fictio legis* pelo qual, no caso, se age como se a escolha do bispo tivesse sido legítima. O estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem.

Com efeito, conforme se infere da citação supratranscrita, é somente com os modernos que o estado de necessidade passa a ser incluído na ordem jurídica, de modo que não mais se trata da necessidade como não aplicação da lei em uma determinada situação particular pela perda de sua obrigatoriedade, mas sim passa a necessidade a constituir o fundamento e a própria fonte do direito.

Importante registrar que, para grande parte dos escritores modernos – a exemplo de Santi Romano –, o estado de exceção passa a ser tratado, de forma semelhante à revolução⁶, ou seja, como uma medida ilegal (não no sentido pejorativo do termo, mas sim de ser contra o direito escrito), mas, por outro lado, absolutamente jurídica e constitucional, pois, se é verdade que “a necessidade não tem lei”, então a necessidade a cria, isto é, cria sua própria lei.

Avançando na cronologia, pode-se dizer acerca da origem do estado de exceção moderno, no sentido mais ou menos atual do termo, que é a parte que interessa ao presente estudo, que possui raízes na França, na época da Revolução, mais especificamente no final do

⁶ Agamben destaca as semelhanças entre o estado de exceção e a revolução (embora pareça paradoxal aproximar esses dois termos, pois enquanto o primeiro dá a ideia de um movimento contrário ao Estado constitucional, o segundo dá a impressão de se tratar de um movimento legítimo que visa derrubar uma ordem institucional na qual os cidadãos não se sintam contidos): “O *status necessitas* apresenta-se, assim, tanto sob a forma do estado de exceção quanto sob a forma de revolução, como uma zona ambígua e incerta, onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato, um liminar, portanto, onde fato e direito parecem tornar-se indefiníveis” (AGAMBEN, 2004, p. 45).

século XVIII, sendo inicialmente denominado “estado de sítio”. Sobre esse fato enuncia Agamben (2004, p. 16):

A origem no instituto do estado de sítio encontra-se no decreto de 8 de julho de 1791 da Assembleia Constituinte Francesa, que distinguia entre *état de paix*, em que a autoridade militar e a autoridade civil agem cada uma em sua própria esfera; *état de guerre*, em que a autoridade civil deve agir em consonância com a autoridade militar; *état de siège*, em que “todas as funções de que a autoridade civil é investida para a manutenção da ordem e da polícia internas passam para o comando militar, que as exerce sob sua exclusiva responsabilidade”. O decreto se referia somente às praças-fortes e aos portos militares; entretanto, com a lei de 19 frutidor do ano V, o Diretório assimilou às praças fortes os municípios do interior e, com a lei do dia 18 frutidor do mesmo ano, se atribuiu o direito de se declarar uma cidade em estado de sítio. A história posterior do estado de sítio é a história de sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra à qual estava ligado na origem, para ser usado, em seguida, como medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas, passando, assim, de efetivo ou militar a fictício ou político. Em todo caso, é importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista.

O trecho acima trata da origem temporal e terminológica do instituto, que passou a ser denominado pelos franceses de estado de sítio. No entanto, Agamben prefere utilizar o termo estado de exceção e aproxima seu conceito ao de uma verdadeira “guerra civil legal”. Deve-se chamar atenção para o final da passagem, onde se afirma que as origens do estado de exceção em sua acepção moderna não mais guardam relação com a tradição absolutista ou decretação de estados de emergência em tempos de guerra, mas sim foi criado e encontra-se intimamente relacionado com a tradição democrática, com o surgimento das democracias modernas.

Portanto, de uma forma mais concreta, pode-se dizer que a ideia do estado de exceção como suspensão da ordem constitucional saiu da teoria e foi introduzida pela primeira vez na França (*état de siège*), na Constituição de 22 frimário, do ano VIII (1814), a qual dispunha, em seu art. 14, de forma bastante genérica, que a lei poderia ser suspensa, nos termos e limites da constituição, nos casos de revolta à mão armada ou “outros problemas que ameaçassem a autoridade e segurança do Estado”.

Posteriormente, na constituição francesa de 4 de novembro de 1848, houve a inclusão de um dispositivo que dispunha que o estado de sítio, suas limitações e hipóteses de instauração deveriam ser regulados por uma lei. A partir daí, na França, passou-se a entender que o poder determinante para instaurar e regular o estado de sítio é o parlamento (o poder de suspender as leis só poderia caber àquele que as produz) – e não mais o executivo⁷.

⁷ Diferente da Alemanha, por exemplo, que confere tal prerrogativa ao executivo (chefe do Reich).

O estado de exceção se propagou com força na França após a Comuna de Paris e a guerra franco-prussiana, cuja desordem e insegurança fizeram com que ele fosse declarado em 40 departamentos. Com isso, em 1877, com a alteração da antiga lei de 1849, foi estabelecido que o estado de sítio poderia ser declarado por simples lei, ou então, nos casos em que a Câmara não estivesse reunida, pelo chefe do Estado (AGAMBEN, 2004, p. 25).

A teoria do estado de exceção se difundiu com maior visibilidade a partir da Primeira Guerra Mundial, quando passou a se instaurar um verdadeiro estado de exceção permanente na maioria dos países envolvidos no confronto.

Entre os anos de 1934 e 1948, após o desmantelamento das democracias europeias e com a instauração principalmente do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, a teoria da exceção passou a ganhar cada vez mais adeptos na academia, virando tema central de consideráveis estudos da época.

Apesar da efervescência generalizada do estado de exceção no contexto das duas grandes guerras globais, Agamben (2004) ressalta que não se pode confundir estado de exceção com ditadura. É que, enquanto naquele o direito é suspenso e o que existe é uma zona de anomia, em que todas as determinações jurídicas são desativadas, nesta (em especial nas ditaduras pós-Primeira Guerra Mundial), aplicam-se as normas, sendo que em alguns casos elas são, inclusive, formuladas para viger naquele período, como o caso do Reich alemão. Nesse caso, não há, pois, anomia, ou ausência de leis, mas sim leis criadas para uma determinada conjuntura.

E é por esse motivo que, para Agamben (e esse é um dos principais embates dele com Schmitt), o *iustitium* romano se aproxima muito mais do estado de exceção moderno do que os estados totalitários do século XX. Além disso, o *iustitium* também simbolizava uma espécie de exclusão, representada por um caso singular que era excluído da norma geral, sendo importante ressaltar nesse ponto que, para o autor, o que é excluído da norma não está, nem por isso, fora de relação com a ordem jurídica, ao contrário, mantém sua relação sob a forma da suspensão – o que é chamado pelo autor de “relação de exceção” (AGAMBEN, 2007, p. 26).

1.2.1. Poder e Soberania

Inicialmente, deve-se deixar claro que objetivo deste ponto (e do trabalho como um todo) não é, nem de longe, esgotar a definição de exceção e tampouco trazer as posições de todos os autores importantes ao tema. Tal pretensão seria inalcançável, uma vez que um

único tópico é demasiado limitado para tratar de um conceito que, por si, daria ensejo à elaboração de um trabalho de conclusão de curso inteiro.

O objetivo, aqui, é apenas introduzir a teoria para que sirva de base aos próximos capítulos deste estudo. Para tanto, em vista de uma maior compreensão de acordo com a linearidade e sucessão de autores que abordam o tema, antes de buscar a exceção em Agamben, será feita uma rápida introdução a partir de Carl Schmitt.

Após a Primeira Guerra Mundial, com a instauração dos regimes totalitários em diversos países da Europa – especialmente Itália e Alemanha –, os filósofos da época passaram a se debruçar com mais atenção diante do fenômeno da exceção, cujo discurso passou a ganhar maior notoriedade.

Um dos principais fenômenos verificados nesses países, até então ditos democráticos, foi a expansão dos poderes concedidos ao executivo, colocando na figura do chefe desse poder prerrogativas até então atribuídas a outros órgãos, ou seja, os três poderes (ou ao menos dois deles com mais visibilidade – executivo e legislativo) passaram a se concentrar, em grande parte, na figura do chefe de Estado, o qual, em regra, contava com o apoio da força militar nacional para conservar seu *status*. O exemplo por excelência, como bem se sabe, é o Reich Alemão, com Hitler.

Desse contexto é que surge a expressão “plenos poderes”, muito utilizada para conferir ao executivo o poder de promulgar decretos com força de lei, culminando em um estado de total indistinção entre os poderes legislativo e executivo (embora tal expressão indique apenas uma das formas de ação do executivo durante o estado de exceção e não se confunda com ele).

Daí o porquê do conceito de estado de exceção estar diretamente ligado ao de soberania, não se podendo falar daquele sem, necessariamente, passar por este. Portanto, introduzido o tema, deve-se fazer uma breve retomada sobre o poder soberano.

Há séculos atrás⁸, sendo difícil precisar o lapso temporal exato, acreditava-se que o poder provinha de um ente superior identificado com natureza ou com deus, dependendo da cultura – ou até em ambos, pois em algumas vezes os deuses correspondiam diretamente às forças da natureza, como era o caso da Grécia Antiga.

Atualmente, nos países ocidentais, não se acredita mais, predominantemente, na supremacia e poder de comando dessas duas esferas – divina e natural. O homem há muito já se colocou em posição de superioridade com relação à natureza, pois passou da posição de

⁸ Impossível precisar quando começou, pois desde que se tem notícia do homem como ser consciente de sua existência, sabe-se das crenças em um poder superior, seja divino, da natureza, ou do próprio homem.

temor e reverência para a posição de dominador – vide o impulso cada vez maior dado ao direito ambiental, como forma de controlar esse domínio –, tanto que, por exemplo, "puede darse el lujo de establecer parques naturales donde se la protege" (SCHMITT, 2010, p. 16).

Com relação ao poder que se acreditava emanar de deus, a máxima de Nietzsche de que "deus está morto" nunca foi tão repetida. O que se verifica é o distanciamento cada vez maior dessa figura sobrenatural, ou seja, acredita-se que os acontecimentos da vida não mais são ditados e tampouco podem ser explicados por seres supremos.

Essas concepções mais antigas acreditavam, por exemplo, que, se o poder provém da natureza, conseqüentemente há que se acreditar na lei do mais forte, de modo a vigorar as leis darwinistas. Para aqueles que acreditavam que o poder era proveniente de deus, então significava que aquele que o exercia era visto como portador de uma qualidade divina, alguém eleito pela própria divindade para governar. Esta visão foi adotada, para citar alguns exemplos, entre os faraós, os imperadores e os monarcas.

No entanto, partir do Século XIX, especialmente após a Revolução Francesa, com o advento da modernidade e aderência a correntes antropocentristas, passou-se a acreditar ser o poder proveniente do homem.

O foco transmutou-se do divino e do natural para o humano. O homem é que passou ser o centro de praticamente todos os estudos, motivo pelo qual passaram a surgir diversas correntes, algumas que identificavam o homem como genuinamente mau, outros que acreditavam ser o espírito humano bom por natureza e outros, ainda, que enunciavam o homem como ser indeterminado, o que reflete, obviamente, na ideia que cada um desses autores faz do poder⁹.

A propósito (SCHMITT, 2010, p. 43-44):

Creo que el transcurso del siglo pasado la esencia del poder humano se nos revelo de manera muy particular. En otras palabras, es curioso que la teoría del poder malo se haya difundido precisamente a partir del siglo XIX. Habíamos pensado que el problema del poder se solucionaría o en todo caso se mitigaría si dicho poder no proviniera de Dios ni de la naturaleza, si fuera algo que los hombres acordaran entre sí. ¿A qué debe temerle entonces el hombre si Dios ha muerto y el lobo ya no espanta ni siquiera a los niños? Pero es precisamente a partir de la época en que parece completarse esta humanización del poder – a partir de la Revolución Francesa – que se difunde de manera irresistible la convicción de que el poder en sí mismo es malo. La sentencia *Dios ha muerto* y la otra sentencia *El poder es malo en sí mismo* proceden de la misma época y de la misma situación. En el fondo ambas afirman lo mismo.

⁹ Vide as consagradas frases: “o poder corrompe” ou “o poder revela”, as quais, por si, já traduzem duas visões distintas acerca do poder – naquela ele é mau e nesta ele é neutro.

Embora, nesse trecho assim como ao longo de toda a obra citada, Schmitt se preocupe em buscar as origens do poder e as diferentes concepções acerca dele ao longo dos séculos, particularmente acredita que o poder humano não é bom, nem mau e menos ainda neutro, mas sim indeterminado.

Ou seja, o poder em si não possui um valor natural universal, o que pode ser valorado não é o poder em si, mas sim o que homem faz dele, como o emprega. Em outras palavras, para Schmitt, o poder será bom se estiver nas mãos de um homem bom (ou ao menos com intenções boas), e será mau se estiver nas mãos de um mau. De toda forma, a definição de um homem como bom e mau também é relativa. Assim, é o detentor do poder, dentre outras coisas, quem define se um homem é bom ou mau. Isto é, quando for ele quem estiver na posse do poder, dirá que é bom, e quando for seu inimigo o detentor, defenderá que o poder é mau. O poder é, portanto, bom para aquele que o tem para si (SCHMITT, 2010, p. 50).

Seguindo essa linha de raciocínio, se o poder, e a própria soberania, está identificado na figura do Estado, pode-se dizer que (BERCOVICI, 2006, p. 96):

[...] o Estado, em sua condição essencialmente política, tem a possibilidade real de determinar por sua decisão soberana quem é o inimigo e combatê-lo. Em última análise, tem a possibilidade de declarar guerra e de dispor abertamente da vida das pessoas. O objetivo do Estado é produzir dentro de seu território uma pacificação completa, pressuposto necessário para a vigência do direito. Conseqüentemente, o Estado, como unidade política, e enquanto existir como tal, tem a capacidade para determinar por si mesmo quem é amigo e quem é inimigo.

Assim, Carl Schmitt, em "Diálogos sobre el poder y el acceso al poderoso" (2010), busca justamente a origem e os pressupostos do poder, indagando de onde ele atualmente provém, já que, conforme se afirmou, não se crê mais que se origine da natureza e tampouco de deus.

A resposta, conforme se infere do raciocínio traçado acima, não pode ser outra senão que o poder que um homem exerce sobre outros homens provém do próprio homem – deixando-se de lado, aqui, o mérito da discussão sobre se o poder em si mesmo seria bom, mau ou indeterminado, tendo em vista não ser o objeto do presente estudo.

Nesse sentido, se o poder provém do homem que o exerce sobre outros homens, ele implica, necessariamente, obediência, o que significa dizer que só há poder enquanto há a obediência. Em todo caso, a obediência está condicionada à proteção que o indivíduo busca naquele que detém o poder. Assim, todo poder se funda em dois conceitos: proteção e obediência.

Esse poder, contudo, não é ilimitado. Ao contrário, encontra barreiras na própria natureza humana. Sobre esses limites, afirma Schmitt: (2010, p. 25).

[...] hasta el más temible de los poderosos sigue estando sujeto a los límites de la naturaleza física humana, a lo deficiente del intelecto del hombre y a la debilidad de su psique. Hasta el más poderoso de los hombre deve alimentarse y beber como todos nosotros. También se enferma y envejece.

Assim, até o mais poderoso dos homens está sujeito aos perigos temidos por todos os outros homens. Para citar um exemplo simples, qualquer homem pode matar o outro, sendo possível, inclusive, que o mais fraco aniquile o mais forte em determinadas situações, o que faz com que todos os homens sintam-se ameaçados uns pelos outros, sem exceção.

Nisso os homens são iguais: ninguém está livre da ameaça e do perigo. E, por trás do poder daquele que se vê, estão escondidos (às vezes nem tanto) outros poderes indiretos dos quais depende o poder direto para existir. Ninguém, por mais poderoso que seja considerado, consegue concentrar todo o poder em suas mãos. Não há poder humano que se construa e cresça sem a influência desses poderes indiretos, cuja existência é impossível de ser suprimida, por mais sofisticadas que sejam as instituições consideradas, sendo impossível eliminar por completo esse poder indireto, porquanto se constitui em próprio pressuposto do exercício do poder direto (SCHMITT, 2010, p. 31).

E quanto mais concentrado está esse poder paralelo, mais difícil se torna o acesso ao poder por parte daqueles que não o detém e, por outro lado, mais acirrada é a luta daqueles que detém o poder indireto para atingir o direto, de modo que "*Cada aumento del poder directo condensa y espesa la atmósfera de las influencias indirectas*" (SCHMITT, 2010, p. 32).

Ou seja, quanto maior o poder e maiores as responsabilidades que um indivíduo concentra sobre si em detrimento dos outros, mais precisará de um aparato sólido para conservá-lo e exercê-lo, e mais longe se encontrará dos seus subordinados, os quais nele chegaram por meio deste aparato – algo semelhante ao que ocorre no aparato Estatal burocrático moderno.

Portanto, a relação de poder será sempre uma relação de tensão entre aqueles que detém o poder e aqueles que não o detém. E é justamente nesse conflito permanente que reside a dialética interna do poder humano.

1.2.2. Estado de exceção: entre o poder soberano e a decisão

Introduzido o tema do poder, passe-se a analisar, mais detidamente, a soberania.

Para Schmitt, em *Teologia Política* (2006), de todos os conceitos jurídicos, o que tem maior interesse é o de soberania e, nas diversas variações, sempre se repete a antiga definição de que soberania é o poder supremo não derivado e juridicamente independente. Para ele, essa definição tradicional é ambígua e tal poder supremo não existe na realidade política.

Ao tratar do conceito de soberania, Schmitt critica o discurso repetido e totalmente vazio do poder supremo, reproduzido por autores clássicos do tema, fazendo ressalva a Bodin, que teria dado origem à Teoria do Estado Moderna (SCHMITT, 2006, p. 9):

Ele [Bodin] explica seu conceito com base em muitos exemplos práticos e, nisso, sempre retorna à questão: Até que ponto o soberano se submete às leis e se obriga diante das corporações? A esta última questão, especialmente importante, Bodin responde no sentido de que promessas são vinculantes, porque a força obrigacional de uma promessa repousa no Direito Natural; porém, no caso de necessidade, cessa a vinculação segundo os princípios naturais gerais. Em geral, ele diz que, frente às corporações ou ao povo, o governante está obrigado somente enquanto o cumprimento de sua promessa for de interesse do povo, o mas ele não se vincula *si la necessite est urgente*. Em si, estas não são novas teses. O que é decisivo nas explanações de Bodin é que ele confere à explicação das relações entre governante e corporações/classes um sentido alternativo (ou isso ou aquilo), remetendo, assim, ao estado de necessidade. Esse era o aspecto impressionante de sua definição, que entendeu a soberania como unidade indivisível e resolveu, terminantemente, a questão sobre o poder do Estado. Sua realização científica e o motivo de seu sucesso repousam no fato de ele ter inserido a decisão no conceito de soberania. Atualmente, não existe uma explicação do conceito de soberania na qual Bodin não seja citado.

Conforme se infere do trecho supratranscrito, a relação direta que liga a soberania ao estado de exceção e este, por sua vez, ao conceito de decisão, não foi inaugurada por Schmitt, mas sim já era indicada pelo clássico Bodin. Assim, foi este quem inseriu a decisão no conceito de soberania, acreditando ainda que a competência para revogar lei vigente é o que realmente a caracteriza.

Acerca desse tema, em “*Teologia Política*”, Schmitt inicia seu primeiro capítulo na tentativa de identificar a quem pertence a titularidade da soberania ou, em outras palavras, quem é o soberano. Já nas primeiras linhas, agrupando numa mesma frase três conceitos-chaves (soberania, estado de exceção e decisão), une essas categorias, afirmando que “**soberano** é aquele que **decide** pelo **estado de exceção**” (SCHMITT, 2006, p. 11) (grifou-se).

Logo, para Schmitt, a decisão é o elo que une a soberania ao estado de exceção, de modo que, quando se está diante do caos, é o soberano quem decide o que é a ordem e o que é

segurança pública, pois toda ordem repousa em uma decisão e, assim como a ordem jurídica é igualmente uma ordem, como o próprio nome indica, também ela está sujeita à decisão, emitida pelo soberano – e não por outra norma. Daí se extrai que a decisão sobre o estado de exceção, para ele, é eminentemente política, conforme se verá mais adiante.

Nessa linha de raciocínio, a norma geral, aplicável às situações de normalidade, pressupõe um meio homogêneo para que seja válida, não existindo norma que seja aplicável no caos, até porque no estado de exceção a ordem é completamente suspensa ou anulada – paradoxalmente, suspende-se a norma a partir da criação de uma situação que possibilite sua aplicação.

Portanto, para que a ordem jurídica tenha sentido, é preciso que se crie uma situação normal e é o soberano quem decide se a situação normal na qual o Estado se encontra é dominante ou se o é a situação excepcional. Em outras palavras, é ele quem dá a decisão final. Então, em Schmitt, a soberania estatal pode ser definida como o monopólio da decisão.

Importante salientar que a tentativa de vinculação do estado de exceção à soberania corresponde à tentativa de ancorar o estado de exceção na ordem jurídica.

A propósito, afirma Schmitt (2006, p. 8):

O caso excepcional, o caso não descrito na ordem jurídica vigente, pode ser, no máximo, caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estado ou similar, mas não ser descrito como pressuposto legal. Essa questão é que torna atual a pergunta sobre o sujeito da soberania, ou seja, a questão da soberania em si. Não pode ser indicado com clareza tipificável, quando se apresenta um estado de necessidade, nem pode ser enumerado, substancialmente, o que pode ocorrer quando se trata, realmente, de um estado extremo de necessidade e de sua reparação. Os pressupostos são aqui, como conteúdo da competência, necessariamente, ilimitados. Portanto, no sentido jurídico-estatal, não se apresenta nenhuma competência. No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso. Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na prática da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo.

Em outras palavras, entende o referido autor que a ordem jurídica vigente não pode dispor integralmente sobre sua suspensão, ou seja, sobre o estado de exceção, limitando-se, quando muito, a indicar quem decidirá em tal caso, cujo sujeito Schmitt identifica como o soberano. Isto é, a exceção está intimamente relacionada a uma decisão, por óbvio, política, uma vez que foge do âmbito jurídico e depende de um ato de soberania.

Bercovici (2006, p. 96), ao tratar da soberania em Schmitt, entende que:

A soberania é a “competência” imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. A soberania é a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação. Isto significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei.

Com efeito, é o soberano quem decide se a situação se enquadra no conceito de estado de necessidade extremo e quais as medidas devem ser adotadas para saná-lo, não havendo controle capaz de limitar essa decisão – porquanto é política.

Por ter o poder de decisão sobre a suspensão da Constituição, o soberano está fora da ordem jurídica, uma vez que possui a prerrogativa de suspendê-la, ao mesmo tempo em que pertence a ela, na medida em que é indicado pela Constituição como soberano¹⁰.

Assim, para que seja capaz de suspender toda ordem jurídica existente, o soberano deve ser detentor de uma competência ilimitada. Tratando desse tema e considerando os conceitos de norma e decisão, Schmitt define o estado de exceção como um meio através do qual o Estado permanece em detrimento do Direito. Afirma o autor (SCHMITT, 2006, p. 13):

Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da ordem jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação, como se diz. Os dois elementos do conceito “ordem jurídica” defrontam-se e comprovam sua autonomia conceitual. Assim como no caso normal, o momento autônomo da decisão pode ser repellido a um mínimo; no caso excepcional, a norma é aniquilada. Apesar disso, o caso excepcional também permanece acessível ao conhecimento jurídico, pois ambos os elementos, a norma e a decisão, permanecem no âmbito jurídico.

Nesse sentido, assim como o estado de exceção escapa à regra e acarreta a suspensão da ordem jurídica vigente, a decisão soberana sobre o estado de exceção (e, por conseguinte, a suspensão da ordem anterior) traz consigo um elemento jurídico específico, pois representa a decisão na sua forma mais absoluta. Em outras palavras, toda norma, para ser aplicável, pressupõe um meio homogêneo, ou seja, uma normalidade fática e tal situação

¹⁰ Para Agamben, esse é o paradoxo da soberania. Ao tratar desse tema, conclui: “*Estar fora e, ao mesmo tempo, pertencer*: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre o estado de exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oxímoro *êxtase-pertencimento*”. (AGAMBEN, 2004, p. 57). Assim, esse paradoxo também poderia ser definido por expressões como “a lei está fora dela mesma” e “eu, soberano, que estou fora da lei, declaro que não há nenhum sujeito fora da lei”. Nesse sentido, a soberania marca o limite da ordem jurídica, pois, segundo a teoria schmittiana, ao soberano compete – por meio da decretação do estado de exceção – criar a situação a qual o direito necessita para sua própria vigência.

normal é assim definida – ou não – pelo soberano, é ele quem tem o monopólio da decisão final.

Ressalte-se que, conforme se infere da citação referida acima, o estado de exceção não se confunde com a anarquia ou o caos¹¹ e, como o limite que separa tais categorias é bastante tênue, é o soberano, em última instância, que decide em qual delas o Estado se encontra e, conseqüentemente, se é possível a suspensão do Direito¹². Dito isto, chega-se à conclusão de Schmitt, que identifica – vale a pena frisar – a soberania não como o monopólio da coerção ou do império, mas sim como o monopólio da decisão.

1.2.3. O estado de exceção em Giorgio Agamben

Uma retomada, ainda que breve, da teoria schmittiana é essencial para compreender o debate apresentado por Agamben em suas obras posteriores.

Inicialmente, porque entende este autor que seu antecessor – Schmitt –, ao tratar do tema da soberania, deixou escapar o ponto mais relevante: o próprio ordenamento jurídico-político, com suas falácias e limitações no pós-Primeira Guerra Mundial. Nas palavras de Giorgio Agamben: “O problema da soberania reduzia-se então a identificar quem, no interior do ordenamento, fosse investido de certos poderes, sem que o próprio limiar do ordenamento fosse jamais posto em questão” (AGAMBEN, 2007, p. 19).

Assim, este filósofo entende que, atualmente, a disputa doutrinária acerca do problema do estado de exceção resume toda a sua teoria ao *locus* que lhe cabe no ordenamento jurídico, se dentro ou fora e, apesar de reconhecer a importância desta discussão, critica o reducionismo da questão a um ponto que, por si, não dá conta de explicar o fenômeno.

Além disso, critica também os autores que tratam da teoria do estado de exceção analogicamente como o problema das lacunas do direito, afirmando que, no caso da necessidade, não se trata de uma lacuna que exige a integração do ordenamento, mas sim sua verdadeira suspensão, criando-se, com isso, não uma lacuna jurídica real, mas sim uma lacuna fictícia (AGAMBEN, 2004, p. 48-49).

¹¹ Nesse sentido, Bercovici (2006, p. 96) entende que: “O estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer”.

¹² Agamben (2001, p. 90), retomando as lições de Benjamin, entende que a figura do soberano se caracteriza pela proximidade entre a violência e o Direito, e este soberano, ao proclamar o estado de exceção, assinala o ponto de indistinção entre os dois conceitos referidos. Para o autor, a polícia, que é responsável pela violência soberana, move-se sempre em um estado de exceção, amparado em razões de ordem pública e segurança. Ainda, Agamben chama atenção para os perigos dessa relação entre soberania e polícia, que foi responsável pelo extermínio dos judeus no Terceiro Reich alemão.

Agamben, ao entrar no debate dos autores que discutem o *locus* a que pertence o estado de exceção no ordenamento jurídico, entende que não se trata necessariamente de estar dentro ou estar fora. Na verdade, o estado de exceção estaria situado em uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam mutuamente.

É que o estado de exceção é uma figura complexa, que vai além da antítese entre exceção e regra, colocando em jogo os conceitos de estado de natureza e direito, que transitam um pelo outro, comunicando-se e formando uma zona de indistinção. O estado de exceção, quando se torna a regra, corresponde à total indiferença e indistinção entre estado de direito e estado de natureza. Nesse ponto (AGAMBEN, 2007, p. 26):

A situação que vem a ser criada na exceção possui, portanto este particular; o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui sobre estas duas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade da vigência de lei [...] não se limita a distinguir o que está dentro e o que está fora, a situação normal e o caos, mas traça entre eles um limiar (o estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento.

Em outras palavras, há uma proximidade quase que indiscernível entre fato e direito, pois, se a urgência é um estado de fato e o fato, como se sabe, cria o direito, então se pode dizer que a urgência, em última instância, cria o direito. Por outro lado, o direito antes aplicado às situações de normalidade é eliminado pelo novo fato criador da urgência. Assim, lei e fato, direito e estado de natureza não são separáveis no estado de exceção.

Nesse contexto, as teorias sobre o estado de exceção moderno, em regra, consistem em tentar incluir a exceção na ordem jurídica. Acerca desse tema, uma das maiores críticas de Agamben a Schmitt sobre o estado de exceção foi que, segundo aquele, este incorreu no erro de confundir a exceção com a ditadura, tratando de ambos os conceitos quase que como sinônimos¹³. Ao tratar do *iustitium* romano, afirma (AGAMBEN, 2004, p. 75):

Isso [o *iustitium* romano] vale na mesma medida para o estado de exceção moderno. O fato de haver confundido estado de exceção e ditadura é o limite que impediu Schmitt, em 1921, bem como Rossiter e Friedrich depois da Segunda Guerra mundial, de resolverem as aporias do estado de exceção. Em ambos os casos, o erro era interessado, dado que, com certeza, era mais fácil justificar juridicamente o

¹³ Basta lembrar que Schmitt constrói sua teoria do estado de exceção a partir do contexto da Alemanha nazista, após a Primeira Guerra mundial. Ou seja, costuma definir como ditadura os Estados totalitários surgidos da crise das democracias europeias após o primeiro grande confronto global. Para Agamben, o termo ditadura é inadequado para explicar a ordem jurídica desses regimes e a oposição que usualmente se faz entre democracia e ditadura é igualmente equivocada. Além disso, Hitler não pode ser tecnicamente definido como ditador, uma vez que ocupava posição de chanceler do Reich a partir da nomeação feita pelo próprio presidente.

estado de exceção inscrevendo-o na tradição prestigiosa da ditadura romana do que restituindo-se ao seu autêntico, porém mais obscuro, paradigma genealógico no direito romano: o *iustitium*. Nessa perspectiva, o estado de exceção não se define, segundo o modelo ditatorial, como uma plenitude de poderes, um estado pleromático do direito, mas, sim, como um estado kenomático, um vazio e uma interrupção do direito.

Com efeito, para Agamben, não é da ditadura que a figura do estado de exceção se aproxima, mas sim do *iustitium* romano, já tratado no tópico anterior que cuidou das origens do estado de exceção moderno.

Prosseguindo no debate, acerca da necessária relação existente entre o estado de exceção e a decisão, Giorgio Agamben (2004, p. 46) entende que a atual teoria sobre o estado de exceção fracassa no ponto em que os autores pretendem reduzir o instituto como uma questão objetiva. Ao contrário, diz Agamben (e aí o autor se aproxima de Schmitt), o estado de exceção retrata um juízo de subjetividade, na medida em que as situações necessárias e excepcionais serão aquelas assim declaradas como tais – declaração esta que, conforme visto, para Schmitt, é prerrogativa do soberano.

Portanto, a decisão sobre o estado de exceção não é um ato jurídico, mas sim um ato moral e político. Além disso, tal decisão é também um ato constitutivo, pois cria algo novo, ou modifica determinada situação, de modo que o poder jurídico da decisão não corresponde e nem decorre lógica e necessariamente de sua fundamentação, ou seja, não há decisão puramente declaratória, pois em todo caso será emanada a partir de um juízo subjetivo.

Agamben, ao buscar a definição de estado de exceção na doutrina schmittiana, afirma que (2004, p. 58):

Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão.

Seguindo com sua análise, na obra “Estado de Exceção”¹⁴, apesar das críticas já apontadas, Agamben reconhece a contribuição de Schmitt no desenvolvimento do tema, uma vez que a relação essencial que une o estado de exceção à soberania foi estabelecida por este autor. No entanto, entende que falta, atualmente, uma genuína teoria do estado de exceção no

¹⁴ Produzida a partir do estudo da “Teologia Política” e “Die Diktatur”, ambos os livros escritos por Carl Schmitt. Daí porque se iniciou o presente trabalho a partir da breve passagem pelo pensamento de Schmitt, para que não fosse quebrada a linearidade entre os autores que se sucederam no debate.

direito público, na medida em que os principais escritores consideram o problema muito mais como uma questão de fato do que como um legítimo problema jurídico.

Assim, partindo da antiga máxima de que *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei), conforme já mencionado em tópicos anteriores, grande parte dos filósofos que antecederam Agamben defendiam que o estado de necessidade não possuiria forma jurídica, uma vez que estaria situado na zona limítrofe entre o direito e a política, verificando-se, na maioria das vezes, em tempos de crise política, quando não mais se conseguia delimitar com clareza a zona jurídica e tampouco separá-la do fato político.

Uma das maiores dificuldades em definir o estado de exceção está em não confundi-lo com a guerra civil, a insurreição e a resistência que, embora contenham certos aspectos em comum, são fenômenos bastante distintos.

A guerra civil, tentando-se resumir em pouquíssimas palavras, por não ser sua definição o objeto deste estudo, caracteriza-se pela luta armada entre grupos organizados dentro de um mesmo Estado e seu objetivo é assumir o controle do país ou de uma região específica, seja para conquistar a independência, seja para mudar as políticas do governo.

Na insurreição, por sua vez, tem-se uma rebelião armada contra uma autoridade constituída e reconhecida como tal, quando aqueles que a promovem não são reconhecidos como beligerantes¹⁵. Comumente, o termo é também usado para descrever a ilegalidade de um movimento, pelo motivo de não ter sido autorizado, ou por não estar de acordo com as leis locais, sendo tais situações igualmente denominadas rebeliões, revoltas, etc.

A resistência (à opressão do Estado) está intimamente ligada à desobediência civil. Trata-se de um direito secundário que pressupõe o gozo de um direito primário como a vida, a dignidade humana, a propriedade. Ele somente se justifica no caso do descumprimento de algum direito primário.

Desta forma, o direito de resistência possui duas variáveis, uma política e outra jurídica. A política é a capacidade de as pessoas ou os grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais. A jurídica diz respeito ao fato de que o direito de resistência é uma realidade constitucional, ou seja, para a concretização de determinados direitos declarados pela constituição, há necessidade de enfrentamento com o poder público, seja por ação ou omissão deste, do ato injusto das normas jurídicas, do governante, do regime político ou de terceiros.

¹⁵ Segundo o Oxford English Dictionary: "insurgent B. n. One who rises in revolt against constituted authority; a rebel who is not recognized as a belligerent." – em tradução livre: "Aquele que se revolta contra uma autoridade constituída; rebelde que não é reconhecido como beligerante".

Agamben, ao tratar da proximidade conceitual e operacional entre o estado de exceção e o direito de resistência, declara que (2004, p. 24):

Os argumentos são, aqui, exatamente simétricos aos que opõe os defensores da legalização do estado de exceção no texto constitucional ou numa lei específica aos juristas que consideram sua regulamentação normativa totalmente inoportuna. Em todo caso, é certo que, se a resistência se tornasse um direito ou terminantemente um dever (cujo não cumprimento pudesse ser punido), não só a constituição acabaria por se colocar como um valor absolutamente intangível e totalizante, mas também as escolhas políticas dos cidadãos acabariam sendo juridicamente normalizadas. De fato, tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica. Aqui se opõem duas teses: a que afirma que o direito deve coincidir com a norma e aquela que, ao contrário, defende que o âmbito do direito excede a norma. Mas, em última análise, as duas posições são solidárias no excluir a existência de uma esfera da ação humana que escape totalmente ao direito.

Assim, embora tais conceitos não se confundam, eles se aproximam no que diz respeito ao desafio jurídico de regulamentar esse tipo de situação, que escapa à norma (ou à normalidade).

Por fim, resta a difícil tarefa de definir o estado de exceção, cuja conceituação – ou a tentativa de fazê-lo –, demandará muito mais linhas e talvez sequer se consiga defini-lo com clareza até o término do presente capítulo.

Para começar, a própria terminologia já encontra imprecisões doutrinárias. O termo “estado de exceção”, embora comum na doutrina alemã, é tratado de forma diferente pelos filósofos italianos e franceses, que preferem usar termos como decretos de urgência ou estado de sítio para se referir ao mesmo fenômeno.

O estado de exceção, assim como as medidas de emergência de um modo geral, é, via de regra, invocado sob o discurso da salvaguarda da constituição, e é por essa razão que os autores costumam diferenciar a ditadura constitucional (ou comissária) da ditadura inconstitucional (ou soberana)¹⁶.

Na primeira, suspende-se a ordem constitucional buscando sua defesa, devendo-se obedecer aos limites definidos na própria Constituição, ou seja, a norma é suspensa sem, no

¹⁶ Lembre-se, contudo, conforme já tratado no tópico do *iustitium*, que Agamben entende equivocada a confusão de alguns autores (a exemplo de Schmitt), que aproximam estado de exceção e ditadura, sendo que esta apenas é aqui mencionada em razão da impossibilidade de fugir desse debate filosófico. No entanto, para Agamben, “o estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas” (AGAMBEN, 2004, p.78).

entanto, deixar de estar em vigor, criando-se a diferenciação entre normas do direito e normas de realização do direito¹⁷.

Na segunda, a ordem constitucional vigente é derrubada, ou seja, o soberano aqui não é mais constituído, mas constituinte¹⁸, a exemplo do que ocorre na revolução. No entanto, a distinção, na prática, não tão é clara quanto aparenta na teoria e a linha que separa as duas espécies doutrinárias de ditadura é bastante tênue.

De início, porque nem todos os Estados optaram por dispor, expressamente, sobre o estado de exceção no corpo constitucional (lembre-se que uma das críticas feitas por Carl Schmitt foi de que não se pode regular por lei algo impossível de ser normatizado).

Países como a França e a Alemanha positivaram essa situação em suas constituições. Já Estados como Suíça, Inglaterra e Estados Unidos preferiram não mencioná-la. No Brasil, a Constituição de 1988 possui um tópico (Título V – artigos 136 e seguintes) especialmente formulado para regular o estado de sítio e o estado de defesa¹⁹.

Veja-se:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º - O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

[...]

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

¹⁷ Esse fenômeno do estado de exceção, onde se verifica a vigência da norma com a suspensão, no entanto, de sua aplicação, Agamben chama de “significante excedente”, termo criado por Lévi-Strauss e que indica, aqui, a abstrativização do direito – ou da norma, criada num contexto imaginário para valer para todos – perante a práxis social concreta e as peculiaridades que são colocadas pelo real. Trata-se, pois, do abismo existente entre o significado e o significante presente, de um modo geral, nas ciências sociais.

¹⁸ A essa distinção estabelecida por Schmitt entre poder constituído e poder constituinte, corresponde, em Walter Benjamin (1995) à violência que conserva o direito e violência que o funda. Ainda, em Benjamin, a violência pura corresponderia àquela espécie de violência que não funda e nem conserva o direito, mas sim o suspende (BENJAMIN, 1995, p. 30-77).

¹⁹ Este título agrupa, além do estado de sítio, temas sobre “forças armadas” e “segurança pública”.

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

[...]

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII – requisição de bens.

[...]

Assim, teoricamente, no caso de ditadura no Estado brasileiro, poder-se-ia dizer que se trata de ditadura comissária caso obedeça aos limites constitucionais e, estar-se-ia diante da ditadura soberana caso tais disposições não fossem observadas, ocasionando o rompimento da ordem constitucional anterior.

No entanto, a prática – especialmente no pós-Primeira Guerra Mundial – mostra que tal distinção doutrinária, ou seja, o fato de a Constituição do Estado prever ou não o estado de exceção, não determina, necessariamente, as circunstâncias em que este se dá, até porque autores como Agamben entendem que a ditadura constitucional nada mais é do que uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário. Em outras palavras, a mera previsão constitucional não é suficiente para limitar e determinar as consequências práticas de sua suspensão.

Dessa forma, embora a Constituição da República de Weimar previsse o estado de exceção, ao conceder, em seu art. 48, poderes ao presidente do Reich nas situações em que estivessem ameaçadas a ordem e a segurança pública, o estado de exceção ali instaurado foi historicamente mais extremo do que na Itália, por exemplo, onde tal situação sequer encontrava previsão expressa. É que o referido artigo dispunha, dentre outras previsões, que os limites e modalidades do exercício do poder soberano na decretação do estado de exceção seriam regulamentados por meio de uma lei – a qual nunca foi votada. Ou seja, não havia limites legais ao exercício do poder pelo presidente do Reich²⁰. Assim, com base nesse mesmo art. 48, foram declaradas situações de emergência em mais de 250 ocasiões, além de terem sido decretadas prisões de vários “comunistas” para julgamento perante tribunais que, dentre outras sanções cruéis, aplicavam a pena de morte.

²⁰ O que fez com que muitos autores se referissem à ditadura alemã como “ditadura presidencial”.

Portanto, a limitação constitucional, por si, não é capaz de conter o excesso. Pelo contrário, a prática moderna mostra que a previsão ou não do estado de exceção na Constituição chega a ser praticamente indiferente. A declaração do estado de exceção fundamentado no dispositivo constitucional é cada vez mais substituída pela instauração automática da medida, que passa a se generalizar e se torna o paradigma de segurança e técnica de governo dominante.

Ao mencionar o caso do Estado nazista, no qual, logo em seu início, foi promulgado por Hitler o “Decreto para a proteção do povo e do Estado”, cujo principal efeito concreto foi a suspensão de uma série de dispositivos constitucionais relacionados às liberdades individuais, Agamben afirma que tal fato se constituiu em verdadeiro estado de exceção que durou 12 anos²¹.

Atualmente, segundo Agamben, o estado de exceção torna-se a regra e constitui-se em paradigma de formação da ordem jurídica (e não apenas política e econômica). Uma de suas manifestações atuais se verifica por meio da ampliação dos poderes concedidos ao poder executivo – o que é apenas um dos seus efeitos (talvez o mais visível), pois o estado de exceção moderno se irradia de várias outras formas, como se verá –, que passa a acumular também funções legislativas, a partir da promulgação dos decretos provenientes da delegação de leis ditas de “plenos poderes”, cuja principal característica é a amplitude dos poderes concedidos ao chefe do executivo, dentre os quais o de anular ou modificar, por decreto, as leis em vigor, mediante manifesta usurpação da função legislativa.

Agamben, ao tratar do estado de exceção sob o viés da concessão de amplos poderes ao executivo, retrata a situação italiana de 1939 (conjuntura do estado fascista e guerra mundial)²², cuja grande semelhança com a realidade atual brasileira não é mera coincidência...

Veja-se (AGAMBEN, 2004, p. 32):

Apesar do abuso na promulgação de decretos de urgência por parte dos governos fascistas ser tão grande que o próprio regime sentiu necessidade de limitar seu alcance em 1939, a Constituição Republicana, por meio do art. 77, estabeleceu com singular continuidade que **“nos casos extraordinários de necessidade e urgência”, o governo poderia adotar medidas provisórias com força de lei”, as quais deveriam ser apresentadas no mesmo dia às Câmaras e perderiam sua eficácia se não fossem transformadas em lei dentro de sessenta dias, contados a partir**

²¹ Cumpre mencionar que, para Agamben, o campo de concentração representa o espaço absoluto de exceção, diferente o cárcere como espaço de reclusão.

²² A expressão “força de lei”, usada durante o contexto das guerras mundiais para definir os decretos executivos, é um tanto quanto contraditória, primeiro porque as leis até então em vigor perdiam sua força e segundo porque os atos executivos que adquiriam força não eram leis em sentido formal. Por esse motivo, Agamben trata desse termo utilizando-se de um “x” sobre a palavra lei.

da publicação. Sabe-se que a prática da legislação governamental por meio de decreto-lei tornou-se, desde então, a regra na Itália. [...] Isso significa que o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. O parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim, governamental. (grifou-se)²³

Assim, é inegável que medidas hoje absorvidas pelas constituições de países ditos democráticos e práticas normalizadas nos ordenamentos jurídicos pós-guerra não surgiram por acaso, mas sim possuem origens totalitárias no contexto dos grandes conflitos globais, razão pela qual, atualmente, prestam-se a instaurar, das mais diversas formas, o estado de exceção permanente e concretizam-se como verdadeiras técnicas de governo.

Com efeito, o marco histórico da Primeira Guerra Mundial é fundamental para o estudo do estado de exceção, principalmente porque as técnicas de governo nela desenvolvidas se aperfeiçoaram e continuaram sendo utilizadas para a transformação do paradigma de governo, tornando permanente uma situação que até então possuía aparência de exceção.

Um dos grandes exemplos disso, como se viu, foi a flexibilização dos limites dos três poderes, de tal modo que executivo, legislativo e judiciário perderam suas características singulares, caminhando-se para a sua quase indistinção. A edição de decretos e a concessão de plenos poderes ao chefe do Executivo, o que passou a ocorrer em maior escala durante a Primeira Guerra, continuou após seu término, quando restaurada a “ordem” mundial.

Assim, o que deveria perdurar como regra apenas durante aquela situação excepcional ou excepcionalmente na situação normal, tornou-se a regra geral, aplicável a todas as hipóteses, sendo naturalizado e absorvido pelo ordenamento jurídico dos ditos Estados democráticos de então. A indistinção entre atos do poder executivo e legislativo define uma das características essenciais do estado de exceção, tanto aquele que perdurava durante o século XX, quanto o estado de exceção moderno.

²³ Note-se que o trecho grifado na citação é reproduzido, praticamente sem qualquer alteração, na atual Constituição Brasileira, a qual dispõe sobre medidas provisórias, em seu art. 62. Vale a pena transcrever o teor do dispositivo, a fim de que se possa compará-lo à legislação italiana em vigor na Segunda Guerra.

Diz o art. 62 da CF/88:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com **força de lei**, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional (grifou-se).

Este fato constitui apenas um dos inúmeros exemplos através dos quais se verifica a instauração do estado de exceção como técnica de governo dominante do paradigma neoliberal, o qual será tratado a partir do próximo capítulo.

Ao final de sua obra “Estado de Exceção” (2004), Agamben sintetiza seu pensamento e tece algumas conclusões bastante pertinentes, às quais vale a pena fazer menção, até para concluir a parte deste estudo que se preocupa com o estado de exceção em teoria.

Primeiramente, o estado de exceção, ao contrário do que pensam muitos autores, não se confunde com ditadura. Trata-se, isto sim, de uma zona de anomia, de um vazio jurídico, onde todas as antigas determinações legais não são aplicáveis. Assim, enquanto a ditadura pode ser vinculada, sob certos aspectos, ao direito, o estado de exceção não pode, uma vez que este, mesmo não se tratando de um estado de natureza, apresenta-se como um espaço sem direito.

Com efeito, para ele, são falsas as doutrinas que tentam vincular o estado de exceção ao direito, bem como aquelas que tentam dispor sobre o estado de exceção num contexto jurídico, a partir da distinção entre normas de direito e normas de realização do direito, por exemplo (dentre esses se encontra Schmitt), poder constituinte e constituído, norma e decisão.

No entanto, ao mesmo tempo em que o estado de exceção traduz uma zona de anomia, esse espaço vazio de direito parece ser tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, estabelecer uma relação com ele. Ou seja, ao mesmo tempo em que tal vazio jurídico figura-se como impensável para o direito, ele se reveste de uma relevância estratégica decisiva que o direito não pode deixar escapar.

Uma dessas principais manifestações, na prática, é a ideia da “força de lei”, a qual, geralmente conferida aos decretos e afastada cada vez mais da lei propriamente dita (que, ao contrário, perde sua força normativa), constitui uma de tantas outras ficções por meio das quais o direito tenta incluir na ordem jurídica sua ausência e regular o estado de exceção ou estabelecer alguma forma de relação com ele.

Portanto, o estado de exceção se apresenta como um espaço vazio e, assim como, através dele, a ação humana não possui relação com o direito, também a norma perde sua ligação com a vida.

Em segundo lugar, deve ser dito que, atualmente, o estado de exceção propagou-se em níveis planetários, nos mais diversos países e culturas. A partir dele, o direito perde seu aspecto normativo em face da violência governamental que, ao produzir um estado de exceção permanente, ainda pretende, de alguma forma, aplicar o direito (ainda que não a norma no sentido legislativo do termo, mas sim decretos ou outros atos com “força de lei”).

Assim, a verdade é que não há uma relação necessária entre norma e exceção, vida e direito, *autoritas* e *potestas*. Ao contrário, demonstrar essa não-relação de um conceito para o outro significa abrir entre eles um espaço para a ação humana, a qual reivindica para si o nome de “política”, que seja não mais contaminada pelo direito.

Nesse contexto, a particularidade do caso nazista (sobre o qual não apenas Agamben, mas muitos outros autores se debruçam e o tomam como ponto de partida), seria a suspensão dos artigos da Constituição referentes às liberdades individuais sem, no entanto, recorrer ao termo “estado de exceção” (*Ausnahmezustand*). Isto é, a suspensão desses direitos não era apresentada como exceção – ou suspensão temporária da norma –, razão pela qual o estado de exceção se tornou, nesse contexto, indiscernível do próprio estado de direito.

Essa situação se repete indefinidamente no mundo atual, no qual a exceção está se tornando cada vez mais a regra e a suspensão dos direitos (seja diretamente, através de atos destinados ao combate ao inimigo, por exemplo, ou indiretamente, por meio da omissão do Estado frente à opressão do modelo do capitalismo global) não apenas individuais, mas também – e principalmente – sociais, vem se tornando prática comum e recorrente dos países declarados “democráticos”, conforme se verá nos capítulos seguintes.

1.3. Homo sacer

1.3.1. Origem e significado

Ao tratar, ainda que brevemente, do estado de exceção, especialmente no que diz respeito às teorias de Agamben e Schmitt, não há como deixar de tratar também do conceito de *homo sacer*.

Na obra “*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*” (2007), a qual se passará a analisar mais detidamente nesse tópico, Agamben pretende identificar a relação entre o modelo jurídico e a biopolítica do poder, além de tratar das origens deste instituto e do que resta dele na era atual. Este último tema – quem são os *homines sacri* do tempo presente – é

que se procurará responder ao final deste trabalho, bem como qual a relação deste conceito com o estado de exceção na conjuntura da política moderna. Para tanto, é necessário este primeiro momento – evidentemente mais teórico – para que a categoria desenvolvida por Agamben seja introduzida.

Inicialmente, a própria origem – ao menos territorial – desses dois institutos já encontra pontos em comum. Assim como a ideia de estado de exceção tem suas origens na Roma Antiga (através do *iustitium*), o conceito de *homo sacer* surgiu também no seio da comunidade romana clássica.

O termo *homo sacer* (do latim “homem sagrado”) remete a uma curiosa figura do direito romano arcaico e, para alguns autores, representa a mais antiga das penas do seu direito criminal. No entanto, indivíduos com características semelhantes ao homem sacro podem ser encontrados nos povos indo-europeus primitivos, a exemplo do bandido e do fora-da-lei²⁴ (AGAMBEN, 2007, p. 90).

O *homo sacer* romano, cuja figura desperta interesse especial ao presente estudo, era o indivíduo que podia ser morto por qualquer outro sem que esse assassinato fosse sujeito a qualquer espécie de punição, tanto é que, caso o homicida fosse chamado em juízo, poderia opor em sua defesa a sacralidade da vítima que, por si, já autorizaria a matança, fazendo com que tal assassinato fugisse completamente à esfera de julgamento humano. Por outro lado, esta figura “matável” por todos era, paradoxalmente, “insacrificável” segundo as formas tradicionais previstas nos ritos religiosos. Isto é, seu sacrifício era vedado, não podendo ser submetido a qualquer espécie de purificação espiritual e tampouco ser entregue ao “julgamento divino”, conforme as crenças e costumes da época (AGAMBEN, 2007, p. 81).

Portanto, a figura do *homo sacer* traz consigo duas características essenciais – e ao mesmo tempo aparentemente antagônicas –; a impunidade de sua morte e o veto de seu sacrifício. Em outras palavras, a exclusão tanto da jurisdição humana quanto das leis divinas.

Assim, pode-se dizer que a vida do *homo sacer*, absolutamente matável e insacrificável, não pertence nem ao direito dos homens e nem ao direito divino – embora reduzir a conceituação invocando essas duas categorias (divisão entre direito humano e

²⁴ Ihering confrontava ainda a figura do *homo sacer* ao lobisomem da cultura germânica antiga. É que este representava o indivíduo banido da comunidade, nem homem e nem lobo, mas sim um limiar de indiferença que habita ao mesmo tempo os dois mundos sem pertencer a nenhum. Nesse sentido também – da lupificação do homem e humanização do lobo – o estado de natureza *hobbesiano* se aproxima da categoria do *homo sacer* na medida em que nele cada homem é para o outro vida nua e o soberano é o homem lobo do homem que habita permanentemente a cidade – e daí a aproximação feita por muitos autores entre o soberano e o lobisomem. Assim, segundo Agamben, em Hobbes “a violência soberana não é, na verdade, fundada sobre um pacto, mas sobre a inclusão exclusiva da vida nua no Estado” (AGAMBEN, 2007, p. 113).

divino) signifique limitar o instituto da *sacratio*, uma vez que esta se situa numa zona que precede a distinção entre sagrado e profano, religioso ou jurídico (AGAMBEN, 2007, p. 81).

Com efeito, essa zona de indiscernibilidade entre sagrado e profano não se manifesta apenas no *homo sacer*. A teoria da ambivalência do sagrado, construída entre o fim do Século XIX e início do Século XX²⁵ e que se propagou por todos os campos das ciências humanas, demonstra ser difícil identificar o limite entre a santidade e o tabu, a exemplo do que ocorre nas culturas que proíbem a ingestão da carne de porco, situando-a numa verdadeira terra de ninguém, no limiar indistinguível entre o impuro e o sagrado²⁶.

A figura do *homo sacer*, mais do que traduzir a ambivalência do sagrado, é caracterizada principalmente pela dupla exclusão, pois representa a vida que está fora não apenas do direito dos homens, como também do direito divino. Ademais, a violência a que está sujeito, cujo cometimento é autorizado a todos os indivíduos, faz com que sua morte não signifique nem homicídio, nem sacrifício e tampouco execução de uma condenação, mas sim permaneça tal ato numa zona indefinível, tanto pelo profano quanto pelo religioso.

Resumindo-se o conceito em poucas palavras, o *homo sacer* é, portanto, o indivíduo que simboliza a vida em sua forma mais nua e cuja vida é matável e ao mesmo tempo insacrificável. Ou seja, a vida é excluída do ordenamento por sua insacrifabilidade e, ao mesmo tempo, incluída nele a partir de sua própria exclusão – matabilidade, permissão de ser morto por qualquer outro.

1.3.2. *Homo sacer*, poder soberano e estado de exceção

Inicialmente, antes de articular os conceitos, é preciso fazer uma breve introdução acerca da politização da vida nua²⁷, ou seja, sua participação nas tomadas de decisões políticas do Estado e o consequente surgimento da biopolítica, que inseriu a vida na esfera do poder estatal. Sobre esse fenômeno, observa Agamben (2007, p. 14):

A presente pesquisa concerne precisamente este oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder. O que ela teve de

²⁵ Dentre alguns dos autores que se debruçaram sobre esta teoria estão: Durkheim, Freud, Fowler e Fugier.

²⁶ Durkheim, em “*Formes élémentaires de la vie religieuse*” (1921), retrata essa ambivalência do sacro, afirmando que o puro e o impuro não constituem duas categorias distintas, mas sim estão inseridos dentro do mesmo gênero que compreende o sacro, ou seja, a ambivalência do sacro consiste justamente nessa possibilidade de passar do puro ao impuro sem alterar a natureza da coisa (AGAMBEN, 2007, p. 86).

²⁷ Na obra “*Lo abierto: entre el hombre y el animal*”, Agamben trata do conflito político decisivo, ou seja, a relação que se estabelece entre a humanidade e a animalidade do homem e exemplifica que, historicamente, figuras como o escravo, o bárbaro, o estrangeiro foram tratadas como se fossem animais com forma humana. Assim, o elo que liga a vida animal à vida humana nada mais é do que uma decisão, situada num centro vazio (de indiferença), que separa a vida e a exclui de si mesma, transformando-a nem em vida humana e nem animal, mas sim vida nua (AGAMBEN, 2005, p. 52-53).

registrar entre seus prováveis resultados é precisamente que as duas análises não podem ser separadas e que a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto –, do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.* A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz do vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando, assim, (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperi*.

Cuidando do início da relação entre política e vida, antes de entrar no tema da biopolítica – no sentido moderno do termo –, Agamben faz um resgate histórico, começando pela oposição entre “zoé” e “bíos”, criada na Grécia Antiga.

Os gregos não possuíam um único termo para se referir à “vida”, mas sim o faziam por meio de dois vocábulos distintos (na escrita e no significado): “zoé”, que nada mais é do que a vida natural e significava o simples fato de viver e de estar vivo, comum a todos os seres, das mais diversas categorias e espécies, e “bíos”, que, por sua vez, dizia respeito a uma forma qualificada de vida, ao modo de vida próprio de uma determinada categoria de indivíduos (AGAMBEN, 2007, p. 9).

Na prática, pode-se dizer que a simples vida natural (“zoé”) era excluída da polis, sendo relegada à categoria de mera vida reprodutiva, sem qualquer participação na tomada de decisões ou mesmo nas discussões políticas. Assim, resumidamente, na Grécia Antiga, a simples vida natural não importava para a polis.

Foi na idade moderna que essa situação mudou de figura, passando-se a inserir a vida natural nos mecanismos de poder estatal, o que a fez passar a ser levada em conta na política. Trata-se da entrada da “zoé” na esfera da polis ou, em outras palavras, da politização da vida nua²⁸, cujo resultado foi, a partir de então, a exclusão dessa vida nua como fundamento primeiro da sociedade. Sobre esse tema, escreveu Agamben (2007, p. 16):

A política se apresenta então como a estrutura, em sentido próprio fundamental, da metafísica ocidental, enquanto ocupa o limiar em que se realiza a articulação entre o ser vivente e o *logos*. A “politização” da vida nua é a tarefa metafísica por excelência, na qual se decide da humanidade do vivente homem e, assumindo essa tarefa, a humanidade não faz mais do que declarar a própria fidelidade à estrutura essencial da tradição metafísica. A dupla categorial fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, *zoé-bios*, exclusão-inclusão. A política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva.

²⁸ Exemplo bastante moderno disso é o sufrágio universal, que inseriu na categoria de eleitor estratos sociais cujos indivíduos não eram considerados cidadãos para os gregos, de modo que tais indivíduos passaram a significar uma fatia relevante na contagem dos votos.

No entanto, a integração da *zoé* na *polis* não é o que caracteriza, fundamentalmente, a política moderna (até porque, conforme se pode notar, já é um fenômeno bastante antigo), mas sim o fato de que o espaço ocupado pela vida nua, antes situado às margens do ordenamento, atualmente é nele incluído, passando a coincidir com o espaço público, numa zona onde não é possível distinguir interno ou externo, inclusão ou exclusão, *zoé* ou *bíos*²⁹. Deve-se ressaltar que essa indistinguibilidade ocorre na mesma medida em que o estado de exceção passa a se tornar a regra³⁰, conforme adiante se verá.

Com efeito, antes de se falar da relação existente entre a vida nua e o estado de exceção, é preciso identificar os pontos que unem o *homo sacer* ao poder soberano. Agamben, na obra que reúne em seu título esses dois conceitos: “*Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*”, pretende identificar justamente qual é a relação que une a vida nua do *homo sacer* ao poder soberano. Ao tratar dessa conexão, afirma que (AGAMBEN, 2007, p. 90):

Devemos perguntar, então, se as estruturas da soberania e da *sacratio* não sejam de algum modo conexas e possam, nessa conexão, iluminar-se reciprocamente. Podemos, aliás, adiantar a propósito a primeira hipótese: restituído ao seu lugar próprio, além tanto do direito penal quanto do sacrifício, o *homo sacer* apresentaria a figura originária da vida presa no *bando* soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constitui a dimensão política. O espaço político da soberania, ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como uma excrescência do profano no religioso e do religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. *Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nessa esfera.*

Inicialmente, é preciso chamar a atenção para essa importante conclusão: o *homo sacer* é aquele com relação ao qual todos os homens são soberanos e soberano é aquele com relação ao qual todos os outros são *homines sacri*³¹. Segundo Agamben (2007, p. 149): “Na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou o desvalor da vida enquanto tal”.

É nesse sentido que se funda a analogia estrutural e simétrica existente entre a *sacratio* e a exceção soberana. Partindo desse pressuposto, a vida é sacra na medida em que

²⁹ Nesse ponto é importante salientar que, para Agamben, a vida nua não reflete *zoé* e tampouco *bíos*, configurando uma verdadeira zona de indistinção entre ambos os conceitos.

³⁰ Daí a relação existente entre o estado de exceção e a vida nua. Os Estados totalitários do século XX, por exemplo, em especial o nazista e o fascista, fizeram da decisão sobre a vida nua o seu critério político supremo.

³¹ O conceito de soberano, nesse sentido, aproxima-se do paternalismo se comparado ao poder de vida e morte absoluto (*vitae necisque potestas*) concedido ao *pater familias* sobre os filhos homens – analogicamente referido aos magistrados por meio do poder de *imperium*. Assim, todo cidadão (homem) romano livre era, de certa forma, *sacer* com relação ao pai. Insta salientar que tal poder constituía exceção, inclusive, à Lei das XII Taboas, a qual dispunha que nenhum cidadão poderia ser mandado à morte sem um processo, uma vez que o *pater* possuía a autorização ilimitada de matar. Assim, o preço pago pelos cidadãos homens para participar da política era sua total sujeição ao poder de morte exercido pelo *pater*.

está subordinada à exceção soberana, razão pela qual a *sacratio* não diz respeito a qualquer maldição religiosa, mas sim à própria formulação política original de imposição do vínculo da soberania, ou seja, o termo *homo sacer* configura a relação política originária na medida em que o homem, exposto a uma matabilidade incondicionada, vem a ser em razão disso incluído na ordem política.

Portanto, “o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade” (AGAMBEN, 2007, p. 96). Em outras palavras: o *homo sacer* é incluído no ordenamento jurídico a partir de sua própria exclusão, ou seja, a vida é dele excluída por sua insacrifibilidade e, ao mesmo tempo, incluída a partir de sua própria exclusão – matabilidade, permissão de ser morto por qualquer outro.

Além disso, seguindo com a análise do trecho acima citado, verifica-se que Agamben introduz no debate o conceito de “bando”³², utilizado no direito germânico antigo e designava tanto a exclusão da comunidade quanto o comando do soberano e a submissão dos demais às ordens por ele emanadas. Para Agamben, a relação de exceção nada mais é do que uma relação de bando – e daí vem o vocábulo “banido”, no seu sentido mais ou menos atual. Assim, o conceito de bando liga-se ao conceito de estado de exceção pelo fato de que o sujeito banido não estava mais nem dentro e nem fora da lei³³, mas sim no seu abandono, de sorte que “a relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o abandono”³⁴ (AGAMBEN, 2007, p. 36).

A referida relação de abandono significa que, no vínculo originário soberano, a vida humana apenas se politiza através da relação de abandono que a sujeita a um poder incondicionado de morte, constituindo este o elemento político originário.

Portanto, *homo sacer* é, também, toda aquela vida humana – matável e insacrificável – capturada no *bando* soberano, sendo que a este (soberano) é concedida a prerrogativa primeira de produção da vida sacra, o que significa que possui o poder de morte contra todos. Nesse sentido, Agamben (2007, p. 91):

Sacra, isto é, matável e insacrificável, é originariamente a vida no *bando* soberano e a produção da vida nua é, nesse sentido, o préstimo original da soberania. A

³² O termo *in bando*, em italiano, originariamente, designava tanto “à mercê de” quanto “livre”, tanto “excluído, banido” quanto “aberto a todos, livre”. Assim, levando-se em conta essa ambiguidade semântica, “o *bando* é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva que liga os dois polos da relação soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano. Somente por isso pode significar a insígnia da soberania (...) e a exclusão da comunidade” (AGAMBEN, 2007, p. 117).

³³ Note-se que a indiscernibilidade entre inclusão/exclusão; dentro/fora; dentre outros termos aparentemente antagônicos mas que, na vigência da exceção, se confundem, é uma das características marcantes do estado de exceção.

³⁴ O bando, enquanto relacionamento político-jurídico originário, mantém unidos o poder soberano e a vida nua.

sacralidade da vida, que se deseja hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição a uma relação de abandono.

Note-se que, da relação traçada entre o *homo sacer* e o abandono significa dizer que sua vida, absolutamente matável e insacrificável, situa-se no limiar entre a permissão da morte e a vedação do sacrifício, excluído tanto do direito dos homens quanto do direito divino. A esse não pertencimento é que se dá o nome de abandono, o qual, assim como o estado de exceção, inclui através da própria exclusão.

Nesse ponto, importante registrar a relação de simetria existente entre as figuras do *homo sacer* e do soberano, conceitos aparentemente opostos, mencionada por Giorgio Agamben (2007, p. 109). Um dos reflexos dessa relação, apenas para citar alguns exemplos, é que o assassinato de um ou de outro não constitui crime de homicídio, isto é, a eliminação física dessas duas figuras não se enquadra, no ordenamento jurídico, no tipo previsto para o assassinato de qualquer outro sujeito definido fora desses conceitos. Enquanto a morte do *homo sacer* está abaixo desse crime, porque impunível, a morte do soberano, considerada crime de lesa majestade, está acima dele. Outro ponto de simetria existente entre o soberano e o *homo sacer* é sua insacrifabilidade. Acerca da vedação do sacrifício deste, muito já se falou. No tocante ao sacrifício daquele, no entanto, tem-se que, de um modo geral, o chefe de Estado não pode ser submetido a um processo judiciário normal³⁵ (insacrifabilidade no sentido aqui de vedação de submissão aos ritos tradicionais, a exemplo do processo judicial ordinário, aplicável aos demais cidadãos).

Por outro lado, a relação existente entre a vida nua e a exceção diz respeito, principalmente, à exclusão do *homo sacer* tanto da jurisdição dos homens quanto do direito divino, configurando uma dupla exceção: a do âmbito religioso e a do profano. Assim, exatamente como ocorre na exceção soberana, em que a lei aplica-se à exceção desaplicando-se, também a *sacratio* representa o pertencimento ao divino sob a forma da insacrifabilidade e o pertencimento à comunidade sob a forma da permissão da matança. Portanto, a vida nua se prende à política sob a forma de dupla exceção, ou seja, só é incluída nela por meio de sua própria exclusão.

Com efeito, a aproximação entre a vida sacra e o estado de exceção, bem como a coincidência temporal entre esses dois fenômenos tendem a se intensificar a partir do momento em que a vida e a política se confundem e esta última se torna, cada vez mais,

³⁵ Característica que persiste nas Constituições modernas.

biopolítica. Assim, “quando vida e política, divididos na origem e articulados entre si através da terra de ninguém do estado de exceção, na qual habita a vida nua, tendem a identificar-se, então toda vida torna-se sacra e toda política torna-se exceção” (AGAMBEN, 2007, p. 155).

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: O ESTADO NEOLIBERAL

Expostos os conceitos de Agamben que serão primordiais para o desenrolar do presente estudo, cumpre neste momento contextualizar o tema, indicando o cenário em que tais definições serão aplicadas. Trata-se do atual paradigma de Estado Neoliberal.

2.1. Origem e história

Com o surgimento do capitalismo e sua perpetuação como modo de produção e modelo econômico-social dominante, consistente em um conjunto de comportamentos individuais e coletivos, atinentes à produção e distribuição de bens de consumo, as relações sociais foram radicalmente transformadas, principalmente em razão da propriedade privada, do trabalho assalariado formalmente livre, do sistema de mercado baseado na livre iniciativa, do processo de racionalização dos métodos de produção e da acumulação de capital para fins de alcance de lucro.

Essas novas características ganharam força e fizeram com que o capitalismo se tornasse, a partir de então, o paradigma hegemônico global.

Pode-se dizer, de um modo geral, que os Estados que o adotaram conheceram três momentos político-econômico-jurídicos distintos: o liberalismo, o keynesianismo (ou Estado de Bem-Estar Social) e o neoliberalismo, respectivamente. Por óbvio, o presente capítulo ater-se-á a este último, embora seja essencial fazer uma breve introdução aos demais para que se possa entender de que forma o neoliberalismo surgiu.

2.1.1. Liberalismo

O sistema político liberal foi o primeiro grande sistema político-econômico que o capitalismo conheceu e sua origem praticamente coexiste com os primórdios do sistema capitalista, pois ambos surgiram de modo simultâneo.

O liberalismo baseou-se na ideia defendida por Adam Smith, de que o próprio capitalismo conteria mecanismos racionais e eficientes de autorregulação das condições econômicas e sociais de uma coletividade. Dessa forma, não caberia ao Estado intervir no funcionamento do sistema, devendo, ao contrário, limitar-se a observar o cumprimento dos

contratos e garantir o novo modelo de propriedade privada. A esta autorregulação inerente ao capitalismo Smith chamou “mão invisível”³⁶.

Ademais, “o termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e o liberalismo econômico, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista)” (CANOTILHO, 2002, p. 56).

O modelo liberal andou bem – em termos de hegemonia de discurso – até o final do século XIX, quando passou a ser duramente criticado, pois se percebeu que a realidade era muito distinta do que pregavam os liberais e a dita “mão invisível” parecia não funcionar tão bem assim, mesmo porque o fracasso do sistema foi notório no que toca à regulamentação social.

Com a primeira grande crise do capitalismo, em 1929³⁷, devido à superprodução, alta taxas de juros e especulação financeira, a “eficiência” do capitalismo, na qual até então se acreditava, foi duramente questionada. Após muitos debates, concluiu-se que a “mão invisível”, ou seja, os supostos mecanismos autorreguladores do capitalismo, não eram suficientes para manter, por si, a economia nos trilhos.

As repercussões foram globais e sentidas em praticamente todos os setores da economia. Nenhum país escapou às consequências desta crise, que abalou a crença no liberalismo e levou a uma crescente intervenção do Estado na atividade econômica. A partir de então, foi-se delineando um novo modelo: o Estado de bem-estar social.

2.1.2. Estado de bem-estar social

Oferecendo uma saída para a crise vivenciada, John Maynard Keynes, em 1926, ficou famoso por retomar a teoria de “Pigou”, a qual rompia totalmente com a ideia liberalista da autorregulação e do “deixai fazer”. Esse economista britânico entendia que era necessária a intervenção do Estado tanto na economia quanto em qualquer outra área que julgasse necessária para alcançar o desenvolvimento da nação. O modelo do Estado intervencionista (*Welfare State*) foi adotado por muitos países após o fim da Segunda Guerra Mundial, já que a interferência estatal parecia essencial para a recuperação de um mundo em destroços.

³⁶ Expressão contida na obra “A riqueza das nações”, disponível em: <http://www.zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/t1164.pdf>.

³⁷ Basta lembrar que a falência da primeira empresa inglesa resultou na retirada imediata de parte dos capitais britânicos da Bolsa de Nova York. O fato ocorreu em 24/10/1929, data conhecida como a “quinta-feira mais negra” da história do capitalismo. A crise repercutiu em praticamente todos os âmbitos da economia, trazendo consequências das mais diversas, desde o desemprego até a recessão do comércio internacional.

Em sentido prático, essas medidas tiveram início em 1942 com a publicação na Inglaterra do “Relatório Benveridge”, segundo o qual, depois de vencida a Guerra, a política inglesa deveria se focar em programas que atingissem uma melhor distribuição de renda, baseada no tripé da educação, seguro social (aqui entendido no sentido de seguridade social) e serviço nacional de saúde, sendo que a cada qual correspondia uma lei específica. A defesa desse programa tornou-se a bandeira com a qual o Partido Trabalhista inglês venceu as eleições de 1945, colocando em prática os princípios do Estado de Bem-estar Social e inaugurando-o como prática de governo.

A hegemonia do modelo, no entanto, durou pouco. A partir dos anos 60, com a nova crise dos países centrais, ocasionada principalmente pela alta na inflação e instabilidade econômica, o keynesianismo passou a ser duramente questionado, dando lugar a um novo modelo de liberalismo, um pouco distinto do anterior, o qual se nomeou neoliberalismo e cuidou de estabelecer limites ao Estado intervencionista, que ameaçava as “garantias” da liberdade econômica e política.

Embora o *Welfarestate* tenha perdurado em alguns países até 1960, em outros o neoliberalismo, modelo no qual o objeto deste estudo se insere, já começava a surgir em 1947, com o célebre encontro realizado Monte Pélier, na Suíça, entre um grupo de intelectuais conservadores. Nesse encontro, os participantes formaram uma sociedade de ativistas para combater as políticas do Estado de Bem-estar social, modelo até então dominante, de sorte que o neoliberalismo nasceu como uma reação à expansão da intervenção do Estado na economia, principalmente no que diz respeito às políticas públicas sociais, em uma tentativa de retomar a primazia do mercado, dirigindo para este os investimentos estatais que estavam então destinados aos programas sociais.

No Brasil, há significativa corrente doutrinária no sentido de nunca ter havido um efetivo Estado de Bem-Estar Social neste país. A Constituição da República de 1988, embora contenha uma série de disposições sociais, que lhe rendeu a alcunha de “Constituição Cidadã”, ela chegou tarde demais, quando já predominava em toda a América Latina o modelo político-econômico neoliberal, incompatível com os propósitos sociais dessa nova ordem constitucional. É possível, inclusive, que essas disposições sociais só tenham sido incluídas na Carta Magna porque se sabia que tais medidas jamais seriam efetivadas, diante da nova conjuntura dominada pelo econômico (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 3).

2.1.3. Neoliberalismo

O austríaco Friedrich von Hayek, um dos principais nomes da doutrina neoliberal, acreditava que o Estado de Bem-Estar Social levaria seu país ao retrocesso, porquanto o crescente controle estatal culminaria fatalmente na perda de toda liberdade e autonomia privada e, com isso, as classes trabalhadoras acabariam por conduzir a nação pelo mesmo caminho dirigista que os nazistas haviam imposto à Alemanha. Essas opiniões foram registradas em seu livro “O caminho da servidão”³⁸, publicado em 1944. Segundo Anderson (1995, p. 9), esta obra é considerada o primeiro grande marco da teoria neoliberal, sendo que nela foram consignados os seus princípios gerais.

Impende registrar que a referida obra de Hayek foi publicada no mesmo ano em que foram realizadas as conferências de “*Bretton Woods*”. Sobre esse tema, importante abrir um pequeno parêntese.

Trata-se de uma série de disposições acertadas por cerca de 45 países, em julho de 1944, na cidade norte-americana de Bretton Woods. O objetivo do encontro era definir os parâmetros que iriam reger a economia mundial após a Segunda Guerra Mundial. Tal acordo foi favorável ao seu anfitrião, os Estados Unidos, que passou a ditar as regras das finanças internacionais, e a primeira consequência disso foi o fortalecimento do dólar como moeda global.

O acordo ainda previa a criação de instituições financeiras mundiais que se encarregariam de dar o sustento necessário ao novo modelo econômico que estava sendo engendrado: o “Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento”, mais tarde chamado de Banco Mundial, que ainda funciona como uma espécie de grande Agência de Crédito, destinada a fornecer capitais para políticas e projetos de “desenvolvimento” no mundo.

Também foi criado o FMI (Fundo Monetário Internacional), através do qual os países poderiam fazer movimentações de dinheiro do caso necessitassem de injeção de capitais em sua economia, respeitando, claro, alguns preceitos de disciplina fiscal a serem ditados pelos dirigentes do fundo (BORÓN, 2003, p. 91-92).

O sistema formulado em Bretton Woods perdurou até os anos 70, quando o governo norte-americano foi obrigado a abrir mão de alguns de seus preceitos em razão da inauguração da segunda etapa do neoliberalismo: a estatal (o que será adiante estudado).

³⁸ Disponível em:

<http://www.mises.org.br/files/literature/O%20CAMINHO%20DA%20SERVID%C3%83O%20-%20WEB.pdf>

Acerca do surgimento do neoliberalismo, pode-se afirmar, em síntese, que (ANDERSON, 1995, p. 9):

O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é “O Caminho da Servidão”, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.

Com o intuito de propagar suas ideias, em 1947, Hayek convocou um conjunto de filósofos, pensadores e economistas para um encontro na pequena cidade Suíça de Mont Pelerin. Dentre os convidados estavam os famosos Milton Friedman, Karl Popper, Ludwig Von Mises, dentre outras figuras bastante conhecidas.

O grupo deu origem à “Sociedade de Mont Pelerin”, como passou a ser chamado. A partir do primeiro encontro, os economistas passariam a se reunir habitualmente a cada dois anos e, dentre as pautas discutidas, estava a forte oposição ao Estado de bem-estar social formulado por Keynes.

A fim de colocar em prática a efetiva implementação do modelo neoliberal, o referido grupo de economistas elencou, durante seus encontros, uma série de medidas que deveriam ser tomadas pelos países, com urgência, sob pena de não mais ser possível vencer a crise³⁹. São elas, dentre outras (CHAUÍ, 2004, p. 401):

1. um Estado forte para quebrar o poder dos sindicatos e movimentos operários, para controlar o dinheiro público e cortar drasticamente os encargos sociais e os investimentos na economia;
2. um Estado cuja meta principal deveria ser a estabilidade monetária, que contém os gastos sociais e restaura a taxa de desemprego necessária para formar um exército industrial de reserva, quebrando o poderio dos sindicatos;
3. um Estado que realizasse uma reforma fiscal para incentivar os investimentos privados e, portanto, que reduzissem os impostos sobre o capital e as fortunas, aumentando os impostos sobre a renda individual e, portanto, sobre o trabalho, o consumo e o comércio;
4. um Estado que se afastasse da regulação da economia, deixando que o próprio mercado, com sua racionalidade própria, operasse a desregulação; em outras palavras, a abolição dos investimentos estatais na produção, abolição do controle estatal sobre o fluxo financeiro, drástica legislação anti-greve e vasto programa de privatização.

³⁹ Saliente-se que o termo “crise” é comumente utilizado para autorizar a tomada de qualquer medida por parte do Estado, contra a qual ninguém ousa se insurgir. Assim: “Com a globalização, a instabilidade econômica aumentou e o recurso aos poderes de emergência para sanar as crises econômicas passou a ser muito mais utilizado, com a permanência do estado de emergência econômico” (BERCOVICI, 2004, p. 179).

Nos Estados Unidos, surgiu outra vertente do neoliberalismo, por meio da escola de Chicago com o então membro da Sociedade de *Mont Pelerin*, Milton Friedman, que tratou de difundir as ideias do grupo na América, a partir do combate à política do *New Deal* estabelecida pelo presidente Roosevelt, cujo governo realizava ações intervencionistas e pró-sindicatos (típicas do Estado de Bem-Estar Social). Friedman criticava esse controle exercido por parte do Estado, mostrando-se contra qualquer regulamentação que inibisse as empresas ou limitasse de alguma forma a liberdade da economia, inclusive posicionando-se contra o salário-mínimo e outras formas de piso salarial, porquanto tais temas não dizem respeito à esfera de intervenção ou mesmo regulamentação estatal.

Além dos famosos Hayek, com a escola Austríaca, e Friedman, com a escola de Chicago (também conhecida como escola Monetarista), outros grandes nomes da doutrina neoliberal são os economistas Leopold von Wiese e Ludwig von Mises, aquele alemão e este ucraniano, também adepto da escola Austríaca.

Seguindo-se com a análise cronológica, deve-se registrar que, após a Segunda Guerra mundial, no entanto, os países ocidentais em recuperação experimentaram um considerável período de prosperidade (economicamente falando), o que, aliado ao preliminar sucesso das políticas keynesianas e sociais-democratas, fizeram os neoliberais recolherem-se momentaneamente para as sombras.

Momentaneamente, sim, porque, logo em 1973, com a crise do petróleo e aguda alta na inflação dos principais países que adotavam a técnica do Estado de Bem-Estar Social, a doutrina neoliberal voltou à cena e desta vez com toda força. Essa nova fase ficou conhecida como a “etapa estatal” no neoliberalismo, porquanto o que até então era teoria passou a ser implementado na prática, sendo utilizado como verdadeira técnica de governo.

O principal governo ocidental a se inspirar em tais princípios foi o de Margaret Thatcher, na Inglaterra, a partir de 1979, o que serviu de modelo político e foi adotado na sequência por outros Estados. Ela enfrentou os sindicatos, aprovando leis para limitar sua atividade, privatizou empresas estatais, diminuiu a carga tributária dos ricos e das grandes empresas e conferiu estabilidade à moeda britânica, medidas estas de governo que são consideradas neoliberais por excelência.

Para Ezcurra (2005), essa etapa estatal do paradigma neoliberal, iniciada na década de 70, no governo britânico, apresenta algumas diferenças com relação ao modelo teórico inicial, inaugurado pelos economistas de Mont Pelerin. A primeira fase de transformações foi marcada pelas seguintes peculiaridades (EZCURRA, 2005, p. 16):

Por un lado, fijó los parámetros de um *programa de política econômica* relativamente uniforme y de alcance mundial que, en el caso del Sur y después de Europa oriental, plasmó en los denominados **ajustes estructurales**, que por encima de sus diferencias nacionales exhiben un diseño común, inspirado en el credo neoliberal. Un diseño que **perdura** en los '90s, si bien con ciertas revisiones.

En los '80s, una nota distintiva fue que el mercado mundial pasó a ser considerado como principal mecanismo de asignación de recursos. Como corolario, se produjo un agudo sobreacento en la búsqueda de *competitividad* (externa). Ello *exacerbó* la política de **deprimir el costo de la fuerza del trabajo** y los salarios. El trabajo, pues, retrocedió al papel de una *mercancía comprada al menor precio posible*. Se trata, entonces, de una bandera ortodoxa que persiste en los '80s, aunque *agudizada*; y que continúa hasta el presente, nuevamente *intensificada* (con los programas de flexibilización laboral). El resultado es una **descomunal redefinición de poder entre el capital y el trabajo**, fruto y característica crucial del capitalismo en su etapa neoliberal⁴⁰.

Assim, a partir da década de 80, perfectibilizou-se um programa neoliberal-conservador, cujo esforço totalizador logo ganhou *status* planetário. Através desses métodos, os Estados Unidos, sob o argumento de propagar a “democratização global”, passaram a intervir em vários outros países, o que iniciou com Reagan e seguiu nos governos de Bush e Clinton. A pretensão universalista do neoliberalismo, nesse período, foi colocada em prática, principalmente, pela difusão da ideologia que o conferiu força em escala global.

Ezcurra, ao tratar das mudanças do paradigma neoliberal ocorridas no governo de Reagan, afirma (2005, p. 16-17):

Por outra parte, durante la primera administración de Reagan (1980-1983) la ortodoxia neoliberal tuvo su cambio más significativo. En efecto, fue **rearticulada** por el **pensamiento neoconservador**. Es decir, se desencadenó un proceso de reorganización ideológica tan intenso que dio lugar a un conjunto original, a uma *nueva síntesis*, con dos novedades centrales: a) el ensamble del ideário neoliberal con valores **democráticos** (de raíz liberal), típicamente neoconservadores, mientras que en el neoliberalismo clásico ocuparon un lugar expresamente subordinado. Así se consolidó un proyecto de sociedad **integral**, que no se limita al terreno económico y abarca al régimen político. En otros términos, se robusteció el impulso de una *transformación global de las sociedades*, una tendencia que perduró y *se acentuó en los '90s* (sobre todo, con la incorporación de un régimen específico de “políticas sociales”; b) además, despuntó una firme voluntad **internacionalista**, también de estirpe neoconservadora, que incito (y estimula) la *expansión mundial* del programa, em um intento de homogeneização de alcance planetario.⁴¹

O viés ideológico da política neoliberal se deveu, em grande medida, ao discurso de seus seguidores, que reputaram, por exemplo, a inflação como sendo resultado do estado demagógico perdulário, culpavam os sindicatos e associações pela queda da produção, os tributos elevados pela regulamentação da atividade econômica por parte do Estado de um modo geral.

⁴⁰ Grifos no original.

⁴¹ Grifos no original.

O Estado de Bem-Estar Social passou a ser visto como um mal que deveria ser veementemente combatido, a partir da gradativa diminuição da esfera de atuação estatal, iniciando pela diminuição dos tributos e pela privatização das empresas públicas, enquanto os sindicatos deveriam ser esvaziados por uma retomada da política de desemprego, contraposta à política keynesiana do pleno emprego. Apenas com o enfraquecimento da classe trabalhadora e neutralização dos sindicatos é que poderiam surgir novas perspectivas de investimento, superando a crise do capital e atraindo os capitalistas de volta ao mercado.

O alcance da doutrina liberal ao redor do mundo foi tamanho que, até hoje, a hegemonia do neoliberalismo pode ser constatado em países de tradições completamente diferentes, governados por partidos os mais diversos possíveis. Basta observar, por exemplo, que no Brasil o modelo foi levado a cabo por Fernando Collor de Melo (1990 - 1992) e Fernando Henrique Cardoso (1995 - 2003). No Chile, por Eduardo Frei (1994 - 2000), Ricardo Lagos (2000 - 2006) e Michelle Bachelet (2006 - 2010). Nos Estados Unidos, por Ronald Reagan (1981 - 1989), George Bush (1989 - 1993) e George W. Bush (2001- 2009). No México, por Vicente Fox Quesada (2000 - 2006), dentre tantos outros.

2.2. Doutrina neoliberal

A partir da década de 1970, com a crise do petróleo, o modo de produção capitalista enfrentou momentos sombrios. A supremacia do modelo capitalista mostrou-se insustentável em face do paradigma do Estado de Bem-Estar Social adotado pela maioria dos países ocidentais no pós-Segunda Guerra Mundial. O capitalismo e o keynesianismo mostravam-se incompatíveis entre si e sua coexistência não mais era possível. Um dos dois deveria ser sacrificado e, por óbvio, o escolhido não foi o capitalismo.

Esse período inaugurou uma nova fase na política interna e internacional. A necessidade de crescimento constante passou a conviver com a elaboração de formas de se conter um possível colapso da economia mundial. As empresas e o mercado de um modo geral passaram a exigir uma reformulação no que dizia respeito à orientação política do Estado para com a sua economia.

A tese neoliberal básica consiste na crença de que o mercado constitui o instrumento melhor e mais eficaz de satisfação das necessidades pessoais. Isso porque ele conteria um instrumento de autorregulação (e nesse ponto se aproxima do liberalismo, daí a razão de ter sido chamado “neo” liberal) capaz de conduzir a sociedade ao padrão ótimo e, para que se alcance tal intento, o Estado deve transformar-se em mínimo.

Embora a doutrina neoliberal tenha sofrido pequenas alterações ao longo dos anos – o que não apenas é natural, como também foi necessário para que se adaptasse às mudanças de conjuntura histórica –, suas ideias centrais permanecem intactas até o presente.

Segundo Ana María Ezcurra, podem-se citar quatro características principais que semearam as bases do neoliberalismo e permanecem inalteradas em nosso tempo. São elas (EZCURRA, 2005, p. 5):

La promoción de un *máximo* de **crecimiento económico** (de libre mercado) como objetivo prioritario; a su turno, tal propósito demandaría un aumento de la **tasa de ganancia** del capital privado; y, para ello, se requeriría una **reducción** de los **costos salariales**, una merma en el **costo de la fuerza de trabajo**, una bandera neoliberal *decisiva y distintiva* que, además, condujo al auspicio de una firme **contención** del **gasto público social**.⁴²

No neoliberalismo, portanto, Estado e Mercado são formas de organizações antagônicas e irreconciliáveis. Por essa razão, não há espaço, no mercado, para intervenção estatal, até porque aquele – e não mais este – é visto como um instrumento para a satisfação das necessidades individuais. Por outro lado, o discurso dos autores neoliberais combate toda e qualquer forma de redistribuição de riquezas ou rendas em favor das classes subalternas. Ou seja, trata-se do modelo de Estado mínimo social.

Logo, tem-se que a política neoliberal toca diretamente a relação de gastos que o Estado mantém com as necessidades essenciais da sociedade civil. Nesse âmbito, os neoliberalistas entendem que os gastos públicos até então assumidos pelo governo, por exemplo com educação, previdência social e outras ações de cunho assistencial, devem ser reduzidos ao máximo, quando não eliminados. Trata-se, portanto, de definir prioridades aos gastos públicos, realocando os investimentos sociais ao último lugar da fila ou, muitas vezes, até mesmo retirando-os dela⁴³.

Nesses termos, a doutrina neoliberal se caracteriza pela mínima participação estatal nos rumos da economia do país, o que se reflete na mínima intervenção do governo no mercado de trabalho e política de privatização de empresas estatais, bem como redução de impostos e tributos excessivos, principalmente aqueles cujos sujeitos passivos são ricos e grandes empresas. Além disso, o modelo neoliberal critica o controle de preços dos produtos e serviços por parte do Estado, por entender que a lei da oferta e demanda é suficiente para regulá-los, e defende, ainda, a aplicação dos princípios capitalistas.

⁴² Grifos no original.

⁴³ O Estado mínimo como Estado eficaz, na medida em que sua não intervenção no mercado diz respeito também – e principalmente – aos custos que acarreta aos cofres públicos.

O neoliberalismo também propõe a derrubada das fronteiras nacionais no que diz respeito ao intercâmbio de investimentos, a partir da livre circulação de capitais internacionais, abertura da economia para a entrada de multinacionais e adoção de medidas contra o protecionismo econômico.

Na América Latina, a implementação da doutrina neoliberal trouxe consigo os “pacotes econômicos”, conhecidos também como “Programas de Ajuste Estruturais” (PAEs), por meio dos quais se procura aniquilar o que ainda resta do Estado de Bem-Estar Social nessas nações (o que já é quase nada)⁴⁴. Dentre as principais diretrizes desses programas estão: a) a reforma do Estado no sentido da instauração do Estado Mínimo; b) privatização de empresas e serviços públicos em geral, inclusive do sistema de seguridade social; c) liberação das economias a partir da desregulamentação estatal⁴⁵; d) flexibilização das condições trabalhistas e de sua legislação; e) novas políticas fiscais e tributárias⁴⁶; f) novas políticas monetárias e financeiras, especialmente com a abertura internacional e inserção no processo de globalização e assinatura de convênios e tratados de livre comércio; g) reformulação da educação, retirando investimentos do ensino superior e realocando-os na formação primária e secundária, focada na formação profissional e formação de mão-de-obra (preferencialmente barata).

Conforme visto, o neoliberalismo apresenta-se como paradigma dominante e que alcançou níveis globais. No Brasil, particularmente, começou a ser seguido de uma forma mais ampla nos dois governos consecutivos do presidente Fernando Henrique Cardoso, cuja principal medida adotada foi a privatização de várias empresas do Estado, com o objetivo de manter a cotação do Real ao nível do dólar. Os resultados da adoção dessa e outras medidas neoliberais foram falências e desemprego, para citar os principais⁴⁷, mas aqui já se adentrou na crítica do neoliberalismo, tema que é objeto do tópico seguinte.

⁴⁴ No Brasil, assim como na América Latina de um modo geral, foi implementado o modelo desenvolvimentista, que impunha aos países a busca pelo *status* de nação desenvolvida central antes de lhe ser permitido gozar dos benefícios do Estado de Bem-Estar Social (FURTADO, 2009). Sob esses argumentos, há autores que defendem que o Brasil não nunca teve seu estágio keynesiano.

⁴⁵ Principalmente no que diz respeito ao direito trabalhista e ambiental.

⁴⁶ A exemplo da liberação da carga tributária para os ricos e grandes empresas e maior incidência de tributos sobre indivíduos, mercadorias e objetos de primeira necessidade.

⁴⁷ Ademais, nesse ponto específico, importante ressaltar que uma das grandes críticas que se faz ao processo de privatização de empresas estatais brasileiras é que o dinheiro oriundo dessas transações deveria ter sido utilizado para diminuir a dívida pública, o que não ocorreu em face da política de juros altos adotada especialmente para segurar a inflação e, com isso, atrair investimentos estrangeiros.

2.3. Crítica ao discurso neoliberal

Para grande parte dos críticos, o sistema neoliberal só beneficia as grandes potências econômicas e as empresas multinacionais.

Os países pobres – eufemisticamente chamados “em processo de desenvolvimento”⁴⁸ –, como é o caso do Brasil, sofrem com os resultados da política neoliberal, que traz como consequência o aumento do desemprego, baixos salários, aumento da desigualdade social e cada vez mais dependência – e subordinação – do capital internacional.

Nesses países, a implementação do modelo neoliberal trouxe consigo o crescimento do fenômeno da privatização das empresas estatais, sob a promessa de que o dinheiro advindo dessas transações traria melhorias nos serviços essenciais. No entanto, como se pode notar, o discurso neoliberal realiza constantemente promessas que jamais conseguirá cumprir.

Uma das consequências advindas das constantes ondas de privatizações, que pode aqui ser citada como exemplo, foi a ameaça de demissão a muitos trabalhadores em razão do interesse no aumento dos lucros – e apenas isso – por parte das empresas privadas nas quais as até então estatais se transformaram. Além disso, a necessidade de constante modernização e mecanização de serviços também fechou várias portas do mercado de trabalho.

Logicamente, a implementação dessas providências, principalmente em países já pobres, como é o caso dos latino-americanos, acentua as disparidades sociais já existentes nessas sociedades, aumentando sua crise interna e gerando fenômenos como a recessão e a elevação das taxas de desemprego – já crônico.

Tudo isso leva, no campo político, à conclusão de que o espaço público está se esvaindo e as decisões, cada vez mais, transcendem o âmbito do Estado, produzindo apatia política, pois os centros decisórios se encontram cada vez mais distantes dos lugares onde vivem os cidadãos e de onde se concentra a organização estatal interna⁴⁹.

⁴⁸ “*Países em desenvolvimento* é o nome pelo qual os entendidos designam os países subordinados ao desenvolvimento alheio. Segundo as Nações Unidas, os países em desenvolvimento enviaram aos países desenvolvidos, através das desiguais relações comerciais e financeiras, dez vezes mais dinheiro do que aquele que recebem através da ajuda externa” (GALEANO, 1999, p. 37).

⁴⁹ Agamben (2006, p. 65-67), fazendo menção à “Sociedade do Espetáculo”, de Debord, trata do capitalismo como um grande espetáculo, onde as experiências não são mais vividas, e sim não passam de uma representação. Este espetáculo não se restringe apenas às representações da mídia, como também às próprias relações sociais entre os indivíduos, por meio da alienação da linguagem. No contexto em que a economia atinge um grau de soberania absoluta em detrimento dos Estados, o capital, em seu grau de acumulação, converte-se em imagem, e traduz-se, ele mesmo, em espetáculo.

Nesse contexto, os indivíduos assumem a condição de meros consumidores – quando não fazem o papel eles próprios das mercadorias –, ensejando comportamentos egoístas, competitivos e individualistas, e gerando a impressão de que a desigualdade e a pobreza são fenômenos “naturais”, algo que sempre foi assim e sempre será, não havendo nada o que fazer a respeito, afinal, no jogo mercadológico, enquanto uns hão de ganhar, outros hão de perder (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 5).

O debate político se esvazia e se instaura o que se conhece por pensamento único⁵⁰, tendo em vista que o neoliberalismo, enquanto ideologia dominante, sustenta-se a si mesmo e é imposto pelas classes dominantes e mídia de massas. Com isso, a fragmentação social engendra o esvaziamento do indivíduo, em face do poder político estar cada vez mais à mercê das regras do mercado definidas pelas empresas transnacionais, tornando a economia o parâmetro das decisões políticas e jurídicas.

Ademais, o modelo neoliberal traz ainda o efficientismo ao centro de seus princípios fundamentais. Nele, tudo passa a ser valorado monetariamente, inclusive o ser humano, que deve se encaixar nos padrões de consumo impostos pelo mercado, sob pena de ser automaticamente eliminado, descartado como verdadeira mercadoria.

O neoliberalismo tudo promete e nada cumpre. Ao mesmo tempo em que os comerciais e campanhas publicitárias incentivam (ou melhor, ordenam) o consumo, apresentando produtos aos quais aparentemente todos têm acesso, é uma ínfima parcela da população que consegue se enquadrar nesse perfil de consumo – sendo que a maioria, que não consegue, vende sua força de trabalho na tentativa de alcançar este patamar intangível. Em outras palavras, “a ditadura da sociedade de consumo exerce um totalitarismo simétrico ao de sua irmã gêmea, a ditadura da organização desigual do mundo” (GALEANO, 1999, p. 25).

Além disso, é preciso reiterar o processo de constante perda de soberania estatal em face da doutrina neoliberal. É que a chamada “globalização”, uma das bandeiras defendidas pelos neoliberais, faz com que, cada vez mais, as grandes empresas e organismos internacionais ditem as regras da economia e política mundiais. Esses órgãos, que se colocam acima dos países e detêm o poder de mando sobre eles, são aqueles em cujas mãos se concentra considerável porção dos valores monetários globais – valores, sim, porque o capital produtivo foi substituído, em grande medida, pelo capital especulativo, cuja entrada desenfreada no interior dos Estados ocasiona um processo de dependência aos movimentos e às articulações do capital externo, produzindo um verdadeiro ciclo vicioso.

⁵⁰ Expressão de Schopenhauer, a que Marcuse veio a chamar mais tarde de “pensamento unidimensional”.

Em outras palavras, pode-se dizer que, quando os Estados nacionais abrem seus mercados, perdem considerável parcela de sua soberania para os detentores do capital financeiro internacional, cuja consequência é, por exemplo, a total dependência e submissão aos ditames externos, precisando muitas vezes recorrer ao Fundo Monetário Internacional (FMI) ou ao Banco Mundial⁵¹ (BM) para requerer empréstimos que tornem possível manter o vínculo com os organismos que o mantêm no “mercado”.

Nesse sentido (IANNI, 1997, p. 125):

Ao lado das corporações transnacionais, ainda que de maneira independente, umas vezes divergentes e outras convergente, atuam o FMI, o BIRD e a OMC. São organizações multilaterais, com capacidade de atuação em concordância e em oposição a governos nacionais. Possuem recursos não só monetários mas também jurídico políticos suficientes para orientar, induzir ou impor políticas monetárias fiscais e outras de cunho neoliberal.

Tratando ainda do deslocamento do eixo da soberania, importante fazer um breve reporte ao primeiro capítulo deste estudo.

Antes dos liberais, a figura do soberano se relacionava com pessoas individualmente consideradas, em geral representadas pelo monarca, sendo que se acreditava ser seu poder proveniente de deus, da natureza, ou qualquer outra entidade superior.

Com os liberais, o eixo da soberania foi deslocado para as normas: não mais o Estado, mas o Direito – aqui entendido como ordem jurídica – é que detinha o poder supremo. Essa segunda ideia teve como adeptos os positivistas.

No neoliberalismo, contudo, a soberania não se identificada mais com a figura do chefe do poder executivo e tampouco com a ordem jurídica, mas sim com o próprio mercado. É ele que passa a ditar a cultura, os novos costumes, as normas de conduta, de regulamentação social e, principalmente, é ele que seleciona quem prospera (economicamente falando) e quem é descartado como lixo industrial.⁵²

Para Eduardo Galeano (1999, p. 6-7), mais do que ser detentor da soberania, o mercado - e de um modo geral a economia mundial – possui tamanha perversidade que atua de maneira análoga às grandes organizações criminosas, porquanto, para atingir o intento da

⁵¹ Ambos os organismos nasceram dos acordos de “Bretton Woods”, cujo teor já foi mencionado na nota n. 37.

⁵² Para os filósofos dos séculos XVII e XVIII, a figura do soberano era, muitas vezes, identificada em “deus”. É que tal ser supremo transcendia sobre o mundo assim como o soberano transcendia perante o Estado. A partir do século XIX, com o positivismo, o que passou a constituir fundamentalmente o Estado não era mais um soberano no sentido pessoal do termo, mas sim a ordem jurídica. A centralização de todo poder soberano em uma única pessoa foi alvo de disputa entre os positivistas, tanto é que “Kelsen resolve o problema do conceito de soberania negando-o. O resultado de suas deduções é: ‘O conceito de soberania deve ser reprimido radicalmente’ (Problem der Souveränität, p. 320)” (SCHMITT, 2006, p. 21). Para Schmitt, a posição de Kelsen traduz a antiga negação liberal do Estado diante do Direito, bem como a desconsideração do problema autônomo da realização do Direito.

maximização dos lucros, não mede esforços no que concerne à exploração de povos e países inteiros.

Dufour (2005) observa que a maior novidade do neoliberalismo com relação aos sistemas anteriores, é a desinstitucionalização, ou seja, nele não se verifica mais o controle, reforço e repressão institucionais, como até então ocorria. Assim, a nova dominação capitalista neoliberal, menos onerosa e menos constrangedora, caracteriza-se justamente pela quebra das instituições a fim de obter indivíduos dóceis e abertos a todas as contingências impostas pelo mercado.

Nesse contexto, a lei máxima é que as mercadorias circulem e qualquer tentativa de limitação por parte dos Estados é mal vista, ou seja, não se quer apenas menos Estado, mas também menos de tudo aquilo que possa obstruir de alguma forma a livre circulação das mercadorias. O neoliberalismo promove, portanto, uma falsa crença libertária, que traz como consequência a dessimbolização⁵³ do indivíduo enquanto tal (DUFOUR, 2005, p. 197).

⁵³ Impende destacar que Dufour identifica três formas de dessimbolização: venal (dinheiro e moeda – ilustrada pelo euro – que se distanciaram do valor real, e se aproximaram do especulativo), geracional (não há distinção ou autoridade entre as gerações) e niilista. Acerca dessa dessimbolização afirma que “o que o neoliberalismo quer é um sujeito dessimbolizado, que não esteja mais nem sujeito à culpabilidade, nem suscetível de constantemente jogar com um livre arbítrio crítico. [...] O neoliberalismo está realizando o velho sonho do capitalismo. Não apenas ele estende o território da mercadoria até os limites do mundo. [...] ele também está recuperando velhas questões privadas, até agora deixadas à maneira de cada um (subjetivação, personação, sexualização...), para fazê-las entrar na órbita da mercadoria” (DUFOUR, 2005, p. 200-210).

3. *LAW AND ECONOMICS*: UMA INVENÇÃO NEOLIBERAL

3.1. Interações entre Direito e Economia e surgimento da *Law and Economics*⁵⁴

Precisar a origem da relação entre direito e economia não é tarefa fácil. Os primeiros estudos nesse sentido são tão antigos quanto o surgimento dos debates acerca do direito de propriedade, nos primórdios do sistema capitalista.

No Século XVIII, Adam Smith estudava os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, e Jeremy Bentham criava sua teoria utilitarista e aplicava-a à legislação, por meio do estudo da interdisciplinariedade dos fatos sociais surgidos como produto da interação entre o direito e economia.

Tampouco se pode ignorar a contribuição de Weber no que diz respeito à aproximação dos ordenamentos jurídico e econômico, cuja visão sociológica entende que o Direito não pode ser estudado apenas enquanto abstração, afastado do fenômeno social, e é exatamente aí que entra a contribuição da ciência econômica, a qual estuda as ações humanas efetivas, de acordo com a premência da satisfação das necessidades dos sujeitos. Nesta perspectiva, economia seria responsável por conferir sentido prático e utilitário às normas jurídicas, retirando-a do mero formalismo e integrando-a com a realidade social (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 80).

As interações entre direito e economia foram tratadas por Marx, Stammler e, a partir de autores que buscaram o “meio-termo” entre as concepções de fato e Direito de ambos, criou-se ainda a teoria “mista”. Para Marx, o direito era um reflexo das condições de vida material da sociedade e, no capitalismo, o direito recobre o conflito comum a toda sociedade de classes, entre o modo de produção e as forças de produção, de sorte que, aqui, o direito nada mais é do que a imposição da vontade da classe dominante. A luta de classes, portanto, é o verdadeiro motor que impulsiona a formação do direito e este, em toda história da humanidade, serve ao modelo econômico dominante.

O berço da Análise Econômica do Direito, enquanto teoria e movimento relativamente consolidado, em sua acepção moderna, foi nos Estados Unidos, em cujo país se

⁵⁴ De início, deve-se deixar claro que não há uniformidade quanto à designação do movimento. Nos Estados Unidos é chamado “*Law and Economics*”; no Brasil, Portugal e Espanha “Análise Econômica do Direito e; em outros países, “Direito e Economia”. Em função dessa pluralidade de designações, esses termos serão utilizados como sinônimos, identificadores da mesma teoria.

desenvolveram quatro escolas de destaque no tema (entre outras): a Escola de Chicago⁵⁵, a Escola Neoinstitucional⁵⁶, a da “Public Choice” e, ainda, pode-se citar a dos “Estudos da Crítica Jurídica”, cuja constituição enquanto escola não é pacífica, sendo que a primeira delas (a Escola de Chicago/Tradicional) foi a que gerou maior repercussão, por ter como adeptos os principais autores do movimento.

Nesse sentido, foi no Século XX que o fenômeno ganhou maior destaque, mesmo porque, em meados deste século, foi criado o “Jornal de Direito e Economia”, cujo primeiro editor foi Aaron Director, que foi posteriormente substituído por Ronald Coase.

Para Garoupa e Ginsburg (2009, p. 1), a AED busca responder duas questões fundamentais: a) qual é o impacto das leis e regulamentos sobre o comportamento dos indivíduos, levando-se em consideração suas decisões e implicações para o bem-estar social, e b) quais as vantagens relativas das leis em termos de eficiência e bem-estar social. Para responder a estas duas questões, utiliza-se a análise microeconômica, a qual lança certas hipóteses simplificadoras, quais sejam, que as pessoas respondem a determinados incentivos e tendem a tomar suas decisões de forma racional, analisando os custos e benefícios de seus atos, levando em conta a informação disponível. Ademais, entendem os autores que, para a AED, o bem-estar da sociedade é medido pela soma do bem-estar individual dos seus membros, bem como que o antigo pressuposto da racionalidade total, a partir da chamada “*Lei Behavioral and Economics*” vem sendo flexibilizado por estudos mais recentes⁵⁷.

O ano de 1960 constitui um marco importante a ser destacado, pois nesse período foi publicado o artigo “The Problem of Social Cost”, de autoria de Coase. O objeto do estudo, como o próprio nome indica, foi a análise “do problema do custo social”, tema que teve como ponto central a crítica do intervencionismo estatal e a busca de maior eficiência na estruturação do sistema jurídico, a fim de maximizar os benefícios e minimizar os custos.

⁵⁵ A Escola de Chicago é também chamada “Tradicional” ou “Ortodoxa” e tem como nome principal Richard Posner. Ela se destaca pela luta contra os monopólios, daí porque ser também conhecida como escola antitruste. Além disso, parte dos pressupostos da racionalidade dos indivíduos e busca pela eficiência, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos de análise desenvolvidos por Coase.

⁵⁶ A Teoria Neo-Institucionalista é, de todas, a que mais se preocupa com os custos de transação. Para ela, as instituições econômicas têm como função a redução de custos.

⁵⁷ No original: “The Economic Analysis of Law investigates the answer to two fundamental questions: a) a positive question concerning the impact of laws and regulations on the behavior of individuals, in terms of their decisions and the implications for social welfare; and b) a normative question concerning the relative advantages of laws in terms of efficiency and social welfare. To answer these two questions, the Economic Analysis of Law applies the methodology of microeconomics analysis. Microeconomic analysis makes certain simplifying assumptions, namely that individuals respond to incentives and make their decisions in a rational way, comparing costs and benefits, given all available information. More recent developments have relaxed the assumption of full rationality assumption in the context of the so-called Behavioral Law and Economics. Another assumption is that the welfare of society is measured by the aggregating the individual welfare of its members”. (GAROUPA; GINSBURG, 2009, p. 1).

Além disso, o artigo inaugurou o que passou a ser conhecido como “Teorema de Coase”, que trata dos custos de uma transação e defende, em resumo, que a distribuição inicial dos direitos não afeta a capacidade que o mercado possui de atingir um resultado eficiente, de sorte que os agentes econômicos privados podem perfeitamente solucionar o problema das externalidades entre si (MANKIW, 2006, p. 53). Ou seja, “as externalidades não são, em si mesmas, impedimento à eficiência do mercado. Pelo contrário, o mercado (dos direitos) é um mecanismo que permite a resolução dos problemas decorrentes das externalidades.” (RODRIGUES, 2007, p. 48).

Assim, segundo o referido teorema, se os custos de uma transação correspondessem ao valor zero, os litigantes inevitavelmente chegariam a uma solução ótima, independente de quem estivesse com a razão e, por esse motivo, as instituições que intervêm na solução do impasse não seriam necessárias. No entanto, há grande quantidade de variáveis no caso concreto que tornam inviável a ocorrência de uma transação com custo zero. Uma delas é a necessidade de existência do Poder Judiciário para garantir a força coercitiva dos contratos, cabendo-lhe a função de fazer prevalecer a vontade e liberdade de contratar, de sorte que o contrato e sua possível execução por vias judiciais passam a integrar os custos de transação (ROSA, 2009, p. 66-67).

Com isso, o referido escrito de Coase gerou repercussão no meio acadêmico e foi considerado de extrema relevância para, a partir daí, desenvolver-se a teoria da Análise Econômica do Direito, bem como o consagrou como um dos principais autores clássicos da matéria, tendo recebido, em 1991, o prêmio Nobel da Economia.

Depois do clássico de Coase, os estudos da *Law and Economics* se intensificaram. Em 1965, Alchian publicou, na Califórnia, um artigo no qual tratava das diferenças entre a propriedade privada e pública e seus efeitos como variáveis econômicas que podem ser manipuladas. Nesse mesmo período, Guido Calabresi publicava, na Universidade de Yale, o artigo intitulado “*Somes Thoughts on risk distribution and the Law of torts*”, por meio do qual estudou a análise econômica dos reflexos da responsabilidade civil, sendo que, pela primeira vez, a análise econômica foi tratada expressa e concretamente em questões jurídicas e decisões judiciais (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, p. 2).

Gary Becker publicou, em 1968, seu clássico trabalho intitulado “*Crime and Punishment: An economic approach*”, inaugurando a teoria econômica do crime, segundo a qual os indivíduos, antes de decidirem pela transgressão da lei, fariam uma análise de custos e benefícios esperados por suas ações, comparando-as com os resultados obtidos pelo tempo de trabalho no mercado, bem como sopesando o “risco” de ser preso ou condenado. Para Posner,

se fosse possível eleger uma obra para marcar o início da Análise Econômica do Direito, seria esse artigo, pois “parecia não haver mais campo algum do direito que, interpretado sob a ótica econômica, não produzisse resultados elucidativos” (POSNER, 2011, p. 6).

Por sua vez, a primeira publicação de autoria de Richard Posner nessa área foi a “Análise Econômica do Direito” (no original “*Economic Analysis of Law*”), de 1972, na Escola de Chicago. Esse autor defendeu, nessa e em outras obras, que conceitos econômicos básicos podem ser usados para explicar o fenômeno jurídico nas suas mais diversas formas⁵⁸.

Com isso, a AED foi sendo paulatinamente incorporada pelas Universidades como disciplina nos cursos de Direito e objeto cada vez mais acentuado de pesquisas, razão pela qual as décadas de 70 e 80 são consideradas o berço do crescimento, da maturação e consolidação do movimento, principalmente na América do Norte e mais especificamente nos Estados Unidos. Isso só foi possível devido ao trabalho até então inovador de Posner, que, tratando a AED sob o viés pragmático, desencadeou uma sinergia acadêmica entre juristas e economias e gerou um novo campo de estudo nos programas das principais faculdades de direito americanas.

No Brasil, direito e economia não se aproximaram a tal ponto no meio acadêmico, como ocorreu nos Estados Unidos. Isso se deve, tanto por preconceito dos juristas, de não se deixar influenciar por outras áreas, como a economia, quanto pela falsa impressão de que a AED estaria adstrita aos países com a tradição da *common law*.

Contudo, não é o que a prática tem demonstrado. Em que pese a abordagem do tema pelas faculdades de Direito – como disciplina – ser, ainda, pequena (no sentido de se criar cadeiras obrigatórias), os doutrinadores e defensores da *Law and Economics* têm crescido em número exponencial, o que se observa por meio da cada vez mais acentuada da criação de disciplinas optativas ou mesmo promoção de palestras, criação de endereços virtuais⁵⁹ de disseminação da teoria e publicação de inúmeras obras⁶⁰, a maioria na defesa do

⁵⁸ Cumprе esclarecer que Posner é um jurista norte-americano que, à época da publicação de suas principais obras em Direito e Economia, exercia cargo de juiz federal naquele país, daí porque sua preocupação em abordar a *Law and Economics* de modo pragmático e aplicar a teoria à prática jurídica.

⁵⁹ Para exemplificar, podem ser citados: www.abde.com.br (Associação Brasileira de Direito e Economia); <http://amde.org.br> (Associação Mineira de Direito e Economia); <http://adepar.wordpress.com/category/direito/page/3/> (Associação Paranaense de Direito e Economia); <http://www.bloglawandeconomics.org> (Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul); etc.

⁶⁰ Para ilustrar o quão vasta tem sido a produção literária no tema da AED pelos autores brasileiros, e com o fim de demonstrar como a teoria ganhou força neste país, seguem os seguintes títulos, dentre tantos outros: “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores”, de Flávio Galdino (Lumen Juris, 2005); “Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações”, organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (Campus, 2005); “Direito e Economia”, organizado por Luciano Benetti Tim (Livraria do Advogado, 2005); “Direito, Economia e Mercados” de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (Campus, 2006); “Economia para o Direito”, de Vanessa Boaratti (Manole, 2006); “Crédito e Judiciário no

movimento. O próprio ex-presidente do STF, ministro Nelson Jobim, reconheceu, ao entrar na Suprema Corte em 1997, que era preciso sopesar as consequências econômicas das decisões tomadas na área jurídica, razão pela qual sua forma de atuação foi definida por ele nos seguintes termos (LIMA, 2012, p. 163):

[...] duas correntes no Supremo, de um lado eu, com essa visão consequencialista, e, de outro lado, os principistas, que seguiam a linha dos princípios. Para esse grupo, o ideal era julgar com base em princípios, sem nenhuma responsabilidade com as consequências de suas decisões. Consegui adeptos para a linhagem do consequencialismo dentro do tribunal e, quando tomei posse como presidente do Supremo, procurei expressar com veemência e força essa linha consequencialista nas decisões que tomava, atentando para a relação entre Direito e Economia.

Nesse ponto, cumpre ressaltar, acerca da aplicabilidade da teoria da AED no Brasil, bem como em outros países da América Latina, que Posner já manifestou sua posição no sentido de que o foco do movimento nesses países, ditos “subdesenvolvidos”, deve ser distinto dos demais países que aderiram às ideias, como os Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e França, por exemplo. Sobre a diferença de concepção que deve nortear os países periféricos, afirma que, nessas nações, os valores decorrentes do direito de propriedade, da liberdade funcional e da independência do judiciário não são pontos pacíficos – como são nos países centrais – e, por essa razão (POSNER, 2010, p. XVIII):

[...] a proteção dos direitos de propriedade, a garantia da liberdade contratual, a prevenção da corrupção e do favoritismo a políticos e a limitação do poder regulador do Estado sobre a economia têm ou devem ter um relevo muito maior do que é necessário em sociedades plenamente desenvolvidas. [...] É inevitável, portanto, que a análise econômica do direito brasileiro venha a ter uma ênfase e uma inflexão bastante diferente das que têm em sociedades plenamente desenvolvidas. Isso é ótimo, e ajuda a confirmar os valores do movimento ‘direito e economia’ tem a oferecer ao sistema jurídico brasileiro.

Brasil: Uma análise de Direito & Economia”, de Jairo Saddi (Quartier Latin, 2007); “Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito: O caso da revisão dos contratos de leasing”, de Maria Paula Bertran (Quartier Latin, 2008); “Direito e Economia” de André Franco Montoro Filho e Marcelo Moscovigliato (Saraiva, 2008); “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Uma visão crítica”, de Paulo Caliendo (Campus, /Elsevier, 2009); “Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica”, de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior (Elsevier, 2009); “Direito e Economia: Textos Escolhidos”, organizado por Bruno Meyerhof Salama (Saraiva, 2010); Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso, organizado por Bruno Meyerhof Salama (Saraiva, 2010); “Direito e Economia: Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil”, de Eugênio Battesini (LTr75, 2011); “O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução”, coordenado por Márcia Carla Pereira Ribeiro e Vinícius Klein (Fórum, 2011); “Direito e Economia: 30 anos de Brasil, Tomo 1, 2 e 3”, coordenado por Maria Lúcia L.M. Pádua Lima (Saraiva, 2012), “Direito e Economia no Brasil”, organizado por Luciano Benetti Timm (Atlas, 2012). “Diálogos com a Law & Economics, de Alexandre Moraes da Rosa e José Manuel Aroso Linhares (Lumen Juris, 2009) e “Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em busca de uma criminologia da não violência”, de Alexandre Moraes da Rosa e Thiago Fabres de Carvalho (Lumen Juris, 2011).

De toda forma, embora defenda a aplicação da AED com um enfoque um pouco distinto, não deixa de afirmar que a teoria pode muito bem ser adotada em todos esses países, o que confere certo *status* universalizante ao movimento, comum aos conhecimentos que se declaram científicos. Mas essa pretensa neutralidade e aplicabilidade geral, será melhor debatida quando se tratar das críticas dirigidas à AED.

Como se pode notar, portanto, não foi um determinado estudo ou obra, isoladamente, que inaugurou a teoria da *Law and Economics*, uma vez que esta foi construída e se consolidou a partir de uma sucessão de obras e artigos publicados pelos principais autores que mais tarde ficariam consagrados como maiores nomes da teoria. Além disso, também é possível concluir que o tema invadiu praticamente todas as áreas do direito, seja responsabilidade civil, contratos, família, penal, ambiental, administrativo, processual, etc; inclusive se tornando fundamento importante de decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal, daí porque a relevância de compreender o fenômeno mais a fundo.

3.2. Fundamentos gerais da *Law and Economics*

Conforme se depreende dos marcos históricos referidos quando se tratou das origens da AED, verifica-se que seu surgimento coincide – não por acaso – com o estabelecimento do neoliberalismo como paradigma econômico dominante. Esse contexto é essencial para que se compreendam os fundamentos dessa nova teoria que surge da interação entre direito e economia.

Embora esses dois temas já sejam objetos de estudo desde o século XVII, como foi exposto, foi a partir da segunda metade do século XX, no âmbito do Estado Neoliberal, que a forma de abordar essas relações se modificou e a Análise Econômica do Direito se tornou o novo paradigma constitutivo da ordem jurídica.

Inicialmente, é preciso deixar claro que a AED, enquanto movimento, não possui uniformidade teórica – note-se que sequer há consenso acerca de sua designação – e sofreu mutações ao longo dos anos, adaptando-se às mudanças nas conjunturas econômicas e sociais.

Com efeito, há várias correntes do movimento, de modo que se trata de uma escola eclética, com diversas tradições miradas na aplicação dos instrumentos econômicos (escolas essas já referidas no capítulo anterior). Contudo, há pontos centrais a serem analisados, comum a praticamente todas as vertentes.

Segundo Rosa, a *Law and Economics* busca trazer para o campo jurídico o cientificismo próprio das ciências exatas, no caso a economia, a partir da importação dos

princípios e fundamentos econômicos para o campo do Direito. Nas palavras do autor (ROSA; LINHARES, 2011, p. 60-61):

Esta corrente metodológica adota, além dos princípios do liberalismo econômico, a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica e, por isso, pode ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar a nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado do Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.

Assim, a AED crê que as análises e justificações doutrinárias podem ser aperfeiçoadas pela análise econômica para alcançar maior objetividade e precisão na tomada de decisões jurídicas, de sorte que os valores econômicos da eficiência e da maximização da riqueza devem ser levados em consideração pelos juízes como modelo ético para determinação de uma decisão “justa”.

Em Posner, um dos principais expoentes da teoria, o Direito é abordado de maneira pragmática e como instrumento da Economia (ou seja: é esta quem determina aquele, e não o contrário), de sorte que a AED praticamente nega a autonomia do Direito. Além disso, para o autor, a economia constitui uma das três chaves da teoria jurídica, sendo que as outras duas consistem no pragmatismo e liberalismo clássico, na forma de Stuart Mill. Acerca dessas três “chaves”, discorre Posner (2009, p. VIII-IX):

As três abordagens se unem para compor uma poderosa ferramenta de compreensão de questões de teoria do direito. Meu ponto é que o gosto pelos fatos, juntamente com o respeito pelas ciências sociais, uma curiosidade eclética, um desejo de praticidade, a crença no individualismo e a abertura a novas possibilidades, características estas que estão todas relacionadas a um certo tipo de pragmatismo ou, alternativamente, a um certo tipo de economia ou liberalismo, podem fazer da teoria jurídica um instrumento eficaz de compreensão e aprimoramento do direito e das instituições sociais em geral; bem como, de demonstração das insuficiências do pensamento jurídico existente e de substituição deste por algo melhor.

Pode-se dizer, portanto, que a AED consiste num movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos valor, utilidade e eficiência. Ademais, busca aplicar seu método a todas as searas do direito, trazendo para o universo jurídico o instrumental analítico e empírico da economia.

Tratando-se dos pontos comuns das diversas escolas, a AED passou a ter maior destaque por conta de três fatores: “a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c)

imbricamento entre as tradições do *Civil Law* e do *Common Law*” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 56).

Assim, o movimento da AED parte de algumas premissas teóricas fundamentais. Diante da impossibilidade de realizar uma análise completa, foram eleitas três premissas para serem analisadas: o racionalismo, a eficiência e os custos de transação.

3.2.1. Racionalismo

Esta foi figura importada da economia neoclássica pela Escola Austríaca. Para a AED os indivíduos são seres racionais, cujo comportamento sempre tem por fim atingir a maximização de seus interesses, transformando o direito, nesse contexto, em um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes (ALVAREZ, 2006, p. 50).

Trata-se da “Teoria da Escolha Racional”, segundo a qual os indivíduos são considerados seres que agem racionalmente, no sentido de ampliar ao máximo a possibilidade de usufruir de recursos que são, por sua própria natureza, escassos⁶¹. Dessa forma, analisando a racionalidade das ações humanas, poder-se-ia padronizar as condutas e avaliar sua previsibilidade ou mesmo probabilidade de ocorrência⁶².

O efeito da aplicação dessa figura da economia, a racionalidade, no Direito é a tomada de decisões que levam em conta a análise de custo/benefício, ou seja, para a AED, as decisões jurídicas devem ser racionais a ponto de buscar benefícios ideais para a sociedade por conta de uma análise prévia das consequências do ato. Além disso, mais do que uma mera análise de custos, a racionalidade no Direito se ocupa também de considerar todas as possibilidades disponíveis.

Do racionalismo da AED é que surge a “Teoria dos Jogos” como método de análise do comportamento coletivo. Segundo essa teoria, os indivíduos interagem uns com os outros de maneira estratégica, tentando calcular os comportamentos do próximo e prever suas ações – até porque o pensamento racional é, em regra, previsível –, exatamente como ocorre em um jogo⁶³.

⁶¹ Daí nasce o termo “*homo oeconomicus*”, utilizado para designar o homem como ser econômico, indivíduo que faz escolhas conscientes, racionais e que, de acordo com os economistas, age de três formas diferentes, mas que são consideradas equivalentes na forma de atuação racional: na consistência das escolhas; na utilidade das escolhas e, finalmente, com decisão marginalista.

⁶² Acerca do argumento da escassez de recursos, utilizado pelos neoliberais para justificar a inviabilidade de implementação do Estado social, os juízes têm adotado a teoria da “reserva do possível” para sopesar os custos da efetivação dos Direitos Fundamentais frente ao erário, e com isso, negar o acesso a tais direitos sociais (SCAFF, 2006, p. 152-153).

⁶³ No entanto, ao tentar buscar o melhor resultado para si, os indivíduos não conseguem obter o melhor para o coletivo, a exemplo do que acontece no dilema dos prisioneiros.

3.2.2. Eficiência

Outro fundamento seguido pela AED é o da eficiência, princípio consagrado pelo sistema neoliberal e elencado, inclusive, pela Carta Magna, através da Emenda Constitucional n. 19⁶⁴, que sutilmente modificou o art. 37, *caput*, como um dos princípios fundamentais dentre aqueles que devem reger a Administração Pública, significando verdadeira inversão epistemológica dos meios e fins (COUTINHO, 2002, p. 34)⁶⁵ e colocando a ação eficiente como parâmetro geral do Estado.

A “eficiência”, do ponto de vista econômico, difere da acepção normal do termo e expressa o próprio fim a ser atingido, o qual quase sempre coincide com a maximização da riqueza ou do bem-estar que envolve a melhor utilização do recurso disponível ou, em sentido inverso, o menor desperdício possível. Ou seja, há uma correlação direta entre a eficiência e a análise de custo/benefício e, nesse contexto, a eficiência se aproxima do conceito de justiça proposto pela AED na medida em que, num mundo de recursos escassos, nada poderia ser mais injusto do que o desperdício que ocorre quando as políticas públicas não observam o melhor custo/benefício desejável para toda sociedade.

Assim, o conceito clássico de justiça é substituído, na teoria da AED, pela eficiência, justamente porque neste movimento a eficiência significa a própria justiça. A propósito (GIKO JR, 2011, p. 28):

[...] a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – **toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta** – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). (grifou-se)

⁶⁴ A Emenda Constitucional n. 19/95 representa o que acabou por ser conhecido como “reforma administrativa”. Importante lembrar que a década de 90 coincide com o paradigma neoliberal no Brasil, tanto é que os principais motivos da Reforma Administrativa revelam-se nos seguintes excertos da Mensagem nº 886, de 1995, encaminhada para o Presidente da República: “A crise do Estado está na raiz do período de prolongada estagnação econômica que o Brasil experimentou nos últimos quinze anos. Nas suas múltiplas facetas, esta crise se manifestou como crise fiscal, crise do modo de intervenção do Estado na economia e crise do próprio aparelho estatal. [...] O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da **eficiência** do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.” (grifou-se) (Texto publicado na íntegra no Diário Oficial de 2/12/1997, p. 26482. Excerto disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/1997/12/01121997.pdf>).

⁶⁵ Acerca da subversão da relação entre meios e fins, Coutinho (2002, p. 34) faz um paralelo entre a efetividade e eficiência, no sentido de que ambos os termos não podem ser confundidos, pois enquanto aquela reclama uma análise de fins, esta, desde o paradigma neoliberal, diz respeito à adequação dos meios. Daí porque, nesse contexto, o Direito é reduzido a um instrumental de meios.

Como se pode notar, uma das maiores críticas enfrentadas pelos defensores da AED diz respeito à aproximação que ela faz entre eficiência e justiça. Nesse sentido, os teóricos do movimento argumentam que a aplicação dos critérios de eficiência deve observar e ter sempre como norte a ética e a busca pelo bem-estar dos envolvidos. Assim, de acordo com Salama (2010, p. 321), o foco “não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios”.

O italiano Vilfredo Pareto, articulando o conceito da eficiência, desenvolveu o que veio a ser conhecido como “Eficiência de Pareto” ou “Ótimo de Pareto”. Para ele, a eficiência significa o ponto de equilíbrio em que os recursos são alocados de modo que ninguém melhorará sem que alguém piore. Em outras palavras, uma determinada situação econômica é ótima no sentido de Pareto quando não é mais possível melhorar a situação de um agente sem que isso acarrete piora na situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico envolvido⁶⁶.

No entanto, levando-se em conta as limitações encontradas na concepção de eficiência de Pareto, tendo em vista que, na prática, é quase impossível modificar a situação fática a fim de melhorar a posição de alguns agentes sem que, ao menos, um indivíduo saia prejudicado, alguns autores (incluindo Posner), preferem se utilizar do conceito de “Kaldor-Hicks”, nome este dado por Nicholas Kaldor e John Hicks, e conhecido também como “Princípio da Compensação”, o qual preceitua que uma mudança de estado que favoreça alguns em prejuízo de outros pode ser aceita, desde que os benefícios excedam os prejuízos – e até aqui a teoria nada mais faz do que aplicar a ideia dos custos/benefícios⁶⁷ – e os

⁶⁶ O “Ótimo de Pareto” não significa necessariamente a situação mais justa. No exemplo do dilema dos prisioneiros, o “Ótimo de Pareto” é alcançado quando ambos os prisioneiros confessam, situação que resulta no cumprimento da pena de 1 (um) ano de prisão para cada um deles, ou seja, é a situação mais eficiente possível. Acerca do Dilema do Prisioneiro: “Nesta hipótese, o objetivo seria o de configurar o comportamento de dois criminosos que são apanhados em flagrante delito pelas autoridades e que são colocados perante a dúvida de confessar ou não o crime. As possibilidades sugeridas são as que seguem: 1) se ambos confessarem, implicando-se mutuamente, terão que cumprir 10 anos de prisão; 2) se só um confessar implicando o outro, livra-se de qualquer condenação e faz o outro incorrer em 20 anos; 3) se nenhum confessar, ambos cumprem 1 ano de prisão. Parte-se do princípio que o jogo é irrepetível e não cooperativo.” (PATRÍCIO, 2005, p. 25). Nesse sentido, a solução mais eficiente, segundo o “Ótimo de Pareto”, é aquela em que ninguém confessa e ambos cumprem pena de 1 ano, ainda que, na hipótese, algum dos prisioneiros esteja mentindo.

⁶⁷ Na verdade, o “Kaldor-Hicks” significa uma análise qualificada de custos/benefícios, pois sua aplicação equivale a exigir que os benefícios daqueles que os auferem poderiam, em teoria, compensar os prejuízos daqueles que perderam. Segundo esse critério, amplamente aceito pela economia, é justificável para a sociedade como um todo que se piore a situação de alguns em prol de um ganho consideravelmente maior para os outros.

beneficiados possam potencialmente compensar os prejudicados, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo⁶⁸.

A maior crítica que se faz ao critério de “Kaldor-Hicks” é que ele, assim como a maioria dos conceitos utilizados pela análise econômica do direito, não leva em consideração as condições pessoais dos indivíduos envolvidos na questão, tomando-os como agentes abstratos em situação igualitária, o que não corresponde à situação real. Em outras palavras, leva-se em conta apenas o nível absoluto de renda, e não a sua distribuição, de modo que, por exemplo, não se faz distinção entre o valor correspondente a R\$ 100,00 (cem reais) para um rico ou para um pobre.

Acerca desse tema, não se pode deixar de mencionar que há uma corrente moderna da AED que pretende superar o tradicional conceito da eficiência da análise de custos/benefícios, descolado com a realidade social, a partir da introdução do debate do “Princípio da Eficiência Econômico-Social” (PEES). Esse novo princípio prevê que a maximização da riqueza não pode ser buscada sem que se leve em consideração a inclusão social como forma de eliminar as externalidades. Em outras palavras, trata-se de aplicar critérios progressistas de distribuição de riqueza, buscando eliminar o desequilíbrio social, de modo que se alcance um equilíbrio entre a aplicação dos critérios de eficiência e a consecução da justiça afeta a um determinado grupo social (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 97-101).

3.2.3. Custos de transação

Explanados, ainda que brevemente, os fundamentos do racionalismo e da eficiência, é preciso introduzir o conceito de custos de transação, elemento este de extrema importância à teoria da AED.

A escola que mais se preocupa com este tema é a Neo-Institucionalista, a qual entende que as instituições econômicas devem se ocupar da redução dos custos no patamar máximo possível. No entanto, a fim de fazer uma introdução breve dessa figura, ela será tratada de modo geral, conforme abrangido por todas as escolas.

⁶⁸ Como a diferença central entre os critérios de eficiência do “Ótimo de Pareto” e do “Kaldor-Hicks” é que naquele se pressupõe que ninguém pode ficar numa situação pior para que outros alcancem benefícios, e nessa que o benefício de uns pode trazer prejuízo a outrem desde que tais prejuízos possam ser, ao menos em tese, compensados, diz-se que todo “Ótimo de Pareto” é um “Kaldor-Hicks”, mas nem todo “Kaldor-Hicks” é um “Ótimo de Pareto”. Nesse sentido: “A possibilidade de haver transferências compensatórias significa, por outro lado, que há mais flexibilidade em ser eficiente no segundo conceito [Kaldor-Hicks] do que no primeiro [Pareto] – um ótimo de Kaldor-Hicks é também de Pareto, mas a recíproca não é verdadeira” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 121).

Assim, não há um conceito único de custos de transação, sendo tratado por vezes como os custos para fazer o sistema econômico funcionar, e outras, conforme defendido por Cooter e Ulen (2010, p. 61), como os custos das trocas ou comércio constituídos por três elementos: os custos de busca, os custos de negociação e os custos de execução.

Eirik Furubotn e Rudolf Richeter, por sua vez, costumam definir o termo genericamente da seguinte forma (PINHEIRO, 2005, p. 62):

Os custos de transação incluem os custos dos recursos utilizados para a criação, manutenção, uso, troca e assim por diante de instituições e organizações [...] quando considerados em relação aos direitos de propriedade e contratuais existentes, os custos de transação consistem nos custos de definir e medir recursos ou títulos de propriedade (claims), mais os custos de utilizar e impor (enforce) os direitos especificados. Aplicados à transferência de direitos de propriedade existente e o estabelecimento ou transferência de direitos contratuais entre indivíduos (ou entidades legais), os custos de transação incluem os custos de informação, negociação e imposição (enforcement).

A questão dos custos é, de acordo com a AED, importante fator de aplicação para o sistema judicial, tanto para que as leis e o judiciário busquem facilitar a redução dos custos, ajudando a equilibrar os negócios com limites mais claros, quanto para que identifique as responsabilidades de cada parte na elaboração de contratos simples e de fácil execução, o que fará com que, em tese, não seja necessário procurar o judiciário no futuro para dirimir eventuais dúvidas ou controvérsias decorrentes de um negócio mal celebrado.

Outro conceito importante que não pode deixar de ser mencionado e que guarda relação com os de custos de transação é o de “externalidades”. Segundo a AED, elas estão presentes em todos os tipos de transação e correspondem às consequências, positivas ou negativas (acarretando, respectivamente, acréscimo ou prejuízo), que as ações dos sujeitos participantes causam a terceiros estranhos à relação. Rosa, critica esse ponto, ao afirmar que, para a AED, o papel do Estado se resume à eliminação dessas externalidades, de modo que o judiciário, atualmente, abandona sua função primordial de garante dos direitos fundamentais, para se tornar garante dos fundamentos neoliberais. Veja-se (ROSA; LINHARES, 2009, p. 71):

O papel do Estado, via Direito, seria o de tensionar e eliminar as ‘externalidades’ o máximo possível, mediante restrições, regulamentações ou sanções. Em geral a intervenção das estruturas econômicas se dá pelo fomento por subsídios no caso de positivas ou restrição pela via de impostos. Dito de outra maneira, o Direito é um instrumento para a redução das ‘externalidades’, entendidas como as ações/omissões que influenciam terceiros e não recebe nenhum pagamento, benefício, castigo ou sanção por esta ação, decorrentes da ação do mercado (oferta e demanda) capaz de devolver a eficiência mediante intervenções *ad hoc*. Para que ocorra a devida

internalização das externalidades se mostra como requisito que os direitos de propriedade sejam claramente definidos por normas para que os intervenientes possam se postar diante das interfaces do mercado e atuar na direção daquilo que mais valoram, bem assim que o Poder Judiciário seja o ‘garante’ dos fundamentos neoliberais.

Assim, a AED parte do pressuposto de que o direito não é alheio às demais ciências sociais, mas, ao contrário, deve-se utilizar de outras disciplinas para compreender o fenômeno jurídico, principalmente a economia e a política. Ademais, o pensamento jurídico e jurisprudência passam a ser desconstituídos para que as normas saiam de sua abstração e venham a ser entendidas como fatos sociais (ALVAREZ, 2006, p. 50).

Feita uma breve explanação dos principais fundamentos básicos da teoria, tendo em vista ser impossível apresentar todos os aspectos da AED neste trabalho, apenas para que se compreenda do que se trata o movimento em linhas gerais, passa-se à análise crítica que perdurará até o final do estudo.

3.3. *Law and Economics* e a exceção econômica do Direito

Devidamente definidos os conceitos-chaves, parte-se para a etapa final do presente estudo, a qual tem por fim ligar os três capítulos trabalhados, apresentando-os como reflexos do mesmo fenômeno, qual seja, a predominância do discurso da AED como teoria neoliberal que instaura o estado de exceção econômico no campo do Direito.

Schmitt já dizia que, para ser possível compreender o caso normal, há que se estudar a exceção, pois esta, sempre pensada com paixão, esclarece tudo de maneira muito mais efetiva do que o caso geral, levando-se em conta que este é apresentado de forma mecanicista, superficial e repetitiva. Para ele, o caso normal nada prova, o que faz é apenas confirmar a regra que, por sua vez, vive da exceção (SCHMITT, 2006, p. 15).

Com essa breve explanação, inicia-se a tentativa de demonstrar que, atualmente, exceção e regra não apenas são indiscerníveis, mas coincidem e se confundem, pois aquela tomou o lugar que até então pertencia a esta.

Conforme tratado no capítulo que cuidou do tema do neoliberalismo, as constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial se caracterizaram pelo objetivo de implementar o Estado de Bem-Estar Social, a partir da flexibilização da propriedade privada e dos contratos em prol da garantia dos direitos fundamentais. No entanto, o modelo neoliberal e a *Law and Economics*, levando em conta o critério da “eficiência”, apontam essas características do modelo keynesiano como um fator prejudicial, que resulta na estagnação

econômica na medida em que não atrai capital internacional e perde na avaliação de custos e benefícios.

Logo, a economia global, ditada pelo neoliberalismo, rompeu com as barreiras comerciais e fronteiras dos países inseridos no modelo, de modo a transformar, inclusive, as antigas relações imperialistas. É que, atualmente, o imperialismo – e as formas de colonização em geral – não é mais protagonizado por um Estado em face de outros, mas sim por grandes organismos financeiros e suas agências (a exemplo das multinacionais, grandes conglomerados econômicos e bancos mundiais), os quais se valem de mecanismos ideológicos legitimadores para manter sua opressão. Esse novo poder é mais perigoso e difícil de ser combatido se comparado ao imperialismo tradicional, uma vez que é exercido por organismos sem rosto, sem nação e sem etnia, representados apenas pelo capital flutuante e especulativo. A construção dos grandes blocos econômicos inviabiliza a tomada de decisões em nível local e universaliza a política econômica global, que fica a cargo de organismos internacionais (ROSA, 2009, p. 115). Em razão desse fenômeno, o que se verifica é o rompimento da noção de Estado-Nação e constante perda da soberania estatal.

Nesse contexto, deve-se retomar o que foi dito quando se tratou de Agamben. O estado de exceção, a partir do século XX, tornou-se a regra e atualmente está tão presente, inclusive nos países ditos “democráticos”, que já não é mais possível percebê-lo com tanta clareza ou, ainda quando é captado, já não provoca tanto alarme. Sob essa perspectiva, Agamben mostra como a exceção, desde a Primeira Guerra Mundial, tornou-se a regra, e está presente em nossos dias, a níveis planetários. Nas palavras do autor (AGAMBEN, 2004, p. 131):

Isso não significa que a máquina, com seu centro vazio, não seja eficaz; ao contrário, o que procuramos mostrar é, justamente, que ela continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da Primeira Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias. O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.

Assim, o estado de exceção se manifesta em todas as esferas, seja política, econômica, social, ou jurídica, de modo que não apenas se constitui como atual paradigma dominante de governo, mas também representa o modelo constitutivo da própria ordem jurídica, o que torna cada vez mais tênue a linha que separa a democracia do absolutismo.

Nesse cenário, constata-se que a emergência militar, dominante ao longo do último século, deu lugar à emergência econômica, de modo que, atualmente, a emergência político-militar coincide, na maioria dos casos, com momentos de crise econômica, de tal forma que se torna difícil separá-los, isto é, o econômico dita as regras da política e, inclusive, militariza o aparato estatal, fazendo com que a exceção seja refletida em todos os setores da vida pública⁶⁹. Assim, pode-se afirmar que a periferia do capitalismo está submetida a um estado de exceção econômico permanente e, nesse cenário, de ameaça – ou mesmo dissolução – das estruturas estatais, deve-se retomar a lição de Schmitt, acerca da relação entre a exceção e a decisão soberana, esta que compete atualmente ao mercado (BERCOVICI, 2006, p. 95).

No Direito, as consequências da implementação do modelo da *Law and Economics* se apresentam das mais diversas formas. Uma delas é o discurso de que o Estado de Bem-Estar Social é muito custoso aos cofres públicos e não compensa o pequeno retorno que traz (ao mercado, por óbvio), segundo a análise dos custos/benefícios. Por essa razão, é que o modelo keynesiano deve – e em grande medida foi – ser substituído pelo modelo neoliberal. E é exatamente nesse contexto que floresce a AED, como reflexo direto da doutrina neoliberal, que tem como objetivo central a maximização das riquezas para que sejam investidas diretamente no mercado, e não desperdiçadas em programas sociais.

A *Law and Economics* transforma o Direito num instrumento econômico do neoliberalismo. E, vale lembrar, no modelo neoliberal, a tudo é atribuído um valor monetário, inclusive à vida. A própria educação passou a ser apenas mais um produto de consumo, que está a serviço da produção dos “recursos humanos”, ou seja, tem por fim formar uma massa produtiva que se adeque ao mercado capitalista e seja, ao mesmo tempo, facilmente descartável quando perde sua utilidade. Assim, os trabalhadores são tratados como mercadoria, cujo valor depende da procedência, da instrução, da eficiência e da produtividade. No campo do Direito, esse fenômeno produz efeitos a partir da flexibilização da legislação trabalhista e, nesse âmbito, o que se verifica é que as conquistas sociais alcançadas pelos operários ao longo dos séculos, comumente não são observadas e o único limite real à sua exploração é o financeiro.

Os reflexos da teoria da AED, no cenário neoliberal, foram não apenas a naturalização da desigualdade já existente, como também o entendimento de que ela nada mais é do que mais um custo inerente ao sistema social, que se inclina na progressiva

⁶⁹ Sequer se distinguem mais as categorias que até então costumavam se apresentar como conceitos antagônicos, a exemplo de público/privado, democracia/totalitarismo e direita/esquerda, mas, ao contrário, confundem-se.

diminuição do gasto público. Isto é, o modelo neoliberal criou o mito – aceito pela sociedade – de que o consumo livre e ilimitado dos ricos favorece o crescimento econômico do mercado, mesmo que isso custe a vida de milhares de sujeitos – pobres, pois é o preço a ser pago (ROSA, 2009, p. 48). Nesse contexto, a vida passa a ser declaradamente valorada, e a existência do sujeito com boas condições financeiras vale mais do que a de um miserável que, aliás, na análise de custo/benefício, é considerado um fardo a ser suportado pelo Estado, pois não consome para compensar seus custos de manutenção pelo aparato assistencialista estatal.

Para fins de uma melhor compreensão, passa-se a analisar os reflexos da teoria da AED separadamente, nas suas mais variadas vertentes.

3.3.1. Discursos de legitimação

Para que seja possível sua instauração generalizada, o atual estado de exceção permanente, que já é declaradamente implementado pelos Estados nacionais, utiliza-se de conhecidos pretextos de legitimação, fazendo com que a população de um modo geral apoie as medidas autoritárias tomadas por seus respectivos governos. Tal discurso não declara sua verdadeira pretensão diretamente, mas sim escamoteia, utilizando-se de artifícios próprios para se legitimar. Acerca da difusão dessas ideias, entende ROSA (2011, p. 51):

Por isto uma adubação ideológico-midiática anestesiante da crítica, assimilada pelo buraco negro do mercado e seu direito reflexivo. Assim é que o máximo crescimento econômico andaria junto com o livre mercado e o lucro do capital privado, contracenando com a diminuição dos custos dos trabalhadores e a diminuição dos gastos sociais. Estes verdadeiros dogmas ainda perduram no discurso latente, ainda que no discurso manifesto tenha havido algumas concessões retóricas, principalmente pelo discurso da mitigação da pobreza.

Com efeito, a indústria midiática, a cada dia mais acrítica, cumpre o papel de disseminar o discurso neoliberal, seja criminalizando os movimentos sociais, exaltando a atuação violenta e repressiva do Estado no “combate ao crime” ou criando padrões de beleza e consumo inalcançáveis pela maioria da população como valores absolutos, jogando à margem aqueles que não se encaixam no seu modelo.

Ademais, além de se reconhecer o papel fundamental exercido pela mídia na propagação do discurso neoliberal, deve-se ter em mente que não raro esse discurso apela também para o medo e utiliza-se do senso comum para exercer com maior efetividade sua persuasão.

Exemplo disso é o discurso da segurança nacional⁷⁰, invocado na incansável luta contra o terrorismo, e que fez com que os Estados Unidos adotassem uma série de medidas de exceção após o 11 de setembro, as quais vigoram até hoje (aliás, inclusive com mais força). Apenas para elencar algumas dessas medidas a título ilustrativo, pois são muitas, tem-se a “*military order*”, promulgada em 13 de novembro de 2001, que autoriza o julgamento dos não cidadãos suspeitos de envolvimento com o terrorismo por tribunais de exceção, bem como o “*USA Patriot Act*”, promulgado em 26 de outubro de 2001, que permite a custódia do estrangeiro suspeito de envolvimento em atividades que ponham em risco a segurança nacional até sua acusação e expulsão. A peculiaridade deste último ato é retirar dos indivíduos a ele submetidos tanto o *status* de sujeição à lei norte americana quanto a prerrogativa de tratamento conforme os prisioneiros de guerra, regulamentado pela Lei de Genebra⁷¹. Nota-se, portanto, que esse tipo de medida afasta o indivíduo da esfera jurídica, criando mecanismos para que seja submetido a qualquer forma de tratamento pelo Estado, cujo poder não encontra mais limitações (ao menos não na lei, que é suspensa).

Importante notar, nesse ponto, que o discurso do medo é inerente ao modelo neoliberal, que o utiliza como uma das principais formas de legitimação de suas práticas. Arelado ao discurso do medo está também o discurso da “sociedade de risco”, que constitui importante fator de legitimação da suspensão do Estado – e do direito – em face da necessidade.

Outra forma pela qual a verdadeira face do neoliberalismo é mascarada é através do discurso dos Direitos Humanos, que possui adeptos dos mais variados países, posições políticas e ideologias, atingindo *status* universal. Sob o pretexto de levar ajuda humanitária e progresso aos países “atrasados”, e separando o humanitário do político, os Estados neoliberais, bem como outros organismos “supranacionais”, fundamentam e legitimam intervenções com interesses eminentemente econômicos ocultos⁷², silenciando seu objetivo real e se promovendo como os bons moços, solidários e caridosos. Sobre esse aspecto, Agamben (2007, p. 140) entende que:

⁷⁰ Também conhecido como “discurso da ordem” (CHOSMKY, 2005).

⁷¹ Pode-se dizer que o regulamento reduz o “terrorista” à condição de *homo sacer*. Pois, assim como acontecia com essa figura romana arcaica, não pode ser julgado nem pelas leis nacionais de tempos de paz e tampouco pelas leis de guerra. Não é, pois, cidadão e nem inimigo, mas sim um sujeito contra o qual está autorizado o cometimento de qualquer tipo de arbítrio.

⁷² Vide o caso do petróleo no Iraque, que é apenas um dos inúmeros exemplos em que os Estados Unidos utilizam a missão democrática como justificativa para intervir em diversos países. Aliás, foi sob esse pretexto – e também ao antigo combate ao inimigo comunismo – que os Estados Unidos estiveram diretamente envolvidos nos principais golpes militares da América Latina, inclusive no caso do Brasil.

É suficiente um olhar sobre as recentes campanhas publicitárias para arrecadação de fundos para os refugiados da Ruanda, para dar-se conta que a vida humana é aqui considerada, e existem aí certamente boas razões para isto, exclusivamente como vida sacra, ou seja, matável e insacrificável e somente como tal feita objeto de ajuda e proteção. Os “olhos suplicantes” do menino ruandês, cuja fotografia se desejaria exibir para obter dinheiro, mas que “agora está se tornando difícil encontrar vivo”, são o índice talvez mais significativo da vida nua no nosso tempo, da qual as organizações humanitárias têm necessidade em proporção exatamente simétrica à do poder estatal. O humanitário separado do político não pode senão reproduzir o isolamento da vida sacra sobre o qual se baseia a soberania, e o campo, isto é, o espaço puro da exceção, é o paradigma biopolítico para o qual ele não consegue encontrar solução.

A criação desses novos discursos de legitimação se explica porque, passada a Guerra Fria, os países capitalistas de centro entenderam que era necessário encontrar um novo inimigo, isto é, um bode expiatório, para substituir o antigo Bloco Socialista e os comunistas como um todo, os quais eram considerados uma praga que deveria ser exterminada. Desse modo, elegeram-se as figuras do “terrorista” e do “traficante” como novos elementos a serem duramente perseguidos, pois considerados inimigos por excelência do Estado (neoliberal), sendo socialmente tolerada – inclusive exaltada, como ato heroico – a exterminação dos indivíduos que se enquadram nesses grupos⁷³.

Assim, o discurso pronunciado pelo neoliberalismo – e adotado pela AED – não só produz novas formas de desigualdade como também relegitima as desigualdades já existentes, pois se funda na defesa da propriedade privada, excludente por excelência, bem como na dita “liberdade” de contratar, dentre outras. Além disso, propaga sua fé no mercado de um modo quase que religioso e naturaliza a “justiça da desigualdade”.

Nesse cenário, a *Law and Economics* se apresenta como a única saída para adequar o sistema judicial à economia de mercados no contexto da globalização promovida pelo modelo neoliberal. Para tanto, declara-se científica, neutra, universal e desprovida de fundamento ideológico⁷⁴, cujo discurso hegemônico acaba por despolitizar as questões sociais, promovendo a alienação, e escondendo seu real objetivo de servir de legitimadora do modelo que está posto. A propósito, afirma Rosa (2009, p. 133-134):

Sob a fachada de objetividade do discurso da AED, encobre-se, em nome da ciência econômica, e suas lógicas inocentes/neutras, os jogos de poder do discurso latente. Sob a máscara do discurso manifesto da *Law and Economics*, o ideológico e valorativo se esgueiram, exigindo a todo momento recursos *ad hoc* e muita propaganda para manter o paradigma que, em tempos de complexidade e exclusão

⁷³ E aí sua aproximação com a figura do *homo sacer* de Agamben, por meio da autorização de sua morte por qualquer cidadão.

⁷⁴ Observe-se que a aplicação do Direito – aqui entendida como decisão jurídica – nunca se dá de maneira neutra mas, ao contrário, é permeada por ideologias, ainda que não manifestas.

social, precisa ser cada vez mais enigmático, silencioso, para que só assim obste o acesso democrático ao lugar de enunciação.

Assim, pode-se afirmar que, no paradigma economicista, o Direito fica vencido em face da maximização da riqueza, gerando o que se conhece por exceção econômica neoliberal. A antiga racionalidade jurídica é substituída pela lógica pragmática dos custos/benefícios, a qual tem por fim, sempre, levar ao “ótimo” econômico. Assim, tudo se justifica pelo crescimento econômico que, por sua vez, caminha para o melhor interesse do mercado, e pretende derrubar todos os custos de transação, inclusive humanos (ROSA, 2009, p. 119-120). Dessa forma, levando-se em conta, conforme já se viu, que a necessidade não tem lei, pode-se dizer que a necessidade econômica então cria sua própria lei, que é ditada de acordo com os interesses do mercado⁷⁵.

3.3.2. Lógica efficientista

A lógica efficientista que permeia o movimento da AED, com sua análise de custo/benefício, provoca grande anacronismo no texto constitucional, porquanto a concretização dos Direitos Fundamentais nele dispostos só se dá mediante atuação positiva e interventora do Estado, o que causa consideráveis despesas públicas. O efficientismo quer, ao contrário, um Estado mínimo, contrário ao Estado Social pretendido pelo constituinte de 1988. Essa compreensão é fundamental para que se percebam as ideologias que estão presentes nesse discurso, que prevê a ascensão do econômico em detrimento do jurídico (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 9).

Patrício (2005, p. 10), logo na introdução de sua obra, deixa clara a tensão que existe no binômio “justiça garantística” x “justiça célere” (efetividade e eficiência), cuja problemática se propõe a resolver. Acerca da incompatibilidade da lógica da eficiência com um sistema processual minimamente democrático, e em contraditório, afirma Rosa (2009, p. 63):

O processo é um campo de percepção em que a velocidade acelerada impede a aquisição dos significantes necessários ao debate das pretensões de validade. A compreensão do processo como um procedimento em contraditório, nos moldes de Fazzallari, possui um custo de tempo, dinheiro, incompatível com a lógica da eficiência.

⁷⁵ Bercovici, analisando o entendimento de Schmitt, afirma que “as relações entre Estado e economia constituem, para Schmitt, a verdadeira matéria dos problemas políticos. [...] O Estado Total é, para Schmitt, um Estado fraco, ameaçado pela dissolução. O Estado não é mais soberano, mas um complexo de órgãos públicos mal coordenados” (BERCOVICI, 2004, p. 97-98).

Nesse contexto, a súmula vinculante é o típico instituto que decorre da lógica eficiente da *Law and Economics*. Criada com o fim de conferir maior agilidade e eficiência às decisões, acaba por esvaziar o processo hermenêutico do juiz, substituindo-o por padrões decisórios já prontos ou ao menos pré-concebidos, e fazendo com que o ato de decidir seja o mais ágil possível e decorra de um processo quase que mecânico, necessário ao sistema judiciário onde o que importa é o número de processos julgados ao final do mês (ROSA, 2009, p. 64)⁷⁶. Frise-se que a edição de uma súmula – vinculante ou não –, cujo enunciado, em regra, não ultrapassa duas ou três linhas, representa uma economia de tempo e recursos muito maior do que se os magistrados tivessem que recorrer a ementas ou acórdãos inteiros, partindo-se do pressuposto de que a uniformização jurisprudencial e a vinculação ao entendimento dos órgãos colegiados é fato notório.

O grande número de demandas⁷⁷, a sobrecarga do Judiciário e sua pouca apresentação de respostas satisfatórias e rápidas a essas demandas são fatores que legitimam o discurso da eficiência, colocando-o na ordem do dia, e elencando-o à posição de princípio fundamental, redentor do sistema jurídica. Dessa forma, o discurso jurídico enigmático, perde-se no vazio da “eficiência”, e o princípio da “maximização da riqueza” é que forma a nova base do raciocínio jurídico, constituindo-se em critério unificador do sistema. Esta maximização da riqueza, por sua vez, é incompatível com a função de um Direito democrático, que tenha por fim reduzir as desigualdades ou, pelo menos, buscar a decisão socialmente justa.

3.3.3. O papel do Estado e do Direito

No modelo da AED, uma das principais funções do sistema jurídico é a redução das externalidades para que se busque atingir o custo zero na transação. Assim, o Estado, de um modo geral, é convocado apenas em últimos casos, quando necessário para a garantia do bom funcionamento do mercado, das transações econômicas e dos contratos. É que, nesses casos, a intervenção estatal é eficiente – e necessária – em razão da força de coerção que

⁷⁶ Vide as emendas constitucionais 19/1998 e 45/2004, que tratam respectivamente da Reforma Administrativa e Reforma Judiciária, no contexto neoliberal. Sobre aquela já se falou anteriormente, foi a responsável por inserir no *caput* do art. 37 da CR/88 a eficiência dentre os princípios da administração pública. Esta última, por sua vez, preocupou-se com a celeridade dos processos judiciais, o que fez com a criação do princípio da razoável duração do processo e do instituto da súmula vinculante, por exemplo. Também incluiu o CNJ dentre os órgãos do poder judiciário, o qual é responsável pela fiscalização da atividade dos juízes, bem como de sua produtividade.

⁷⁷ Acerca do grande número de demandas, importante registrar, de acordo com os dados do Ministério da Justiça (BRASIL, 2004), que 79% dos processos em trâmite perante o STF tem como uma das partes o poder público (sendo que só da União são 65%), o que permite concluir que o grande número de processos está longe de representar acesso à justiça, tendo em vista que poucos litigantes habituais detém a maior parcela das causas que tramitam em juízo.

(ainda) detém. Fora desses casos, em regra, a participação do Estado não é bem-vinda e sua intervenção não é admitida, sob o argumento de que os indivíduos, enquanto sujeitos livres (e racionais), são capazes de fazer as melhores escolhas para si. Trata-se do modelo de Estado Mínimo (ROSA; LINHARES, 2009, p. 102).

Portanto, as instituições judiciais cumprem o papel de garantir a eficiência do mercado e facilitar suas transações, não intervindo em seu conteúdo, mas apenas manejando seu monopólio da força quando necessário, para que a propriedade, os contratos, e a maximização da riqueza possam ser alcançados. Para atingir esse intento, o Direito acaba por restringir a própria intervenção estatal (que já é pequena) quando necessário, atuando como verdadeiro garante do Estado Mínimo (social), onde tudo é permitido dentro dos limites econômicos.

Dessa forma, “a grande estratégia da AED foi a de deslocar o critério de validade do Direito do plano normativo para o econômico, a saber, ainda que as normas jurídicas indiquem para um sentido, o condicionante econômico rouba a cena e intervém como fator decisivo” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 69), de modo que a melhor definição de sistema jurídico, nesse contexto, é aquele que tutela a autonomia da vontade refletida nos contratos e no direito de propriedade, a partir da edição de leis claras e eficazes, que busquem o crescimento econômico nos termos ditados pelo neoliberalismo, cujo sistema transformou o direito em instrumento da economia de mercado.

3.3.4. Casos práticos

A fim de visualizar o modo como a generalização do estado de exceção no Direito se manifesta na prática, elencou-se alguns acontecimentos recentes, que demonstram tanto a flexibilização dos direitos típica do modelo neoliberal, quando as medidas de exceção que são tomadas sob o argumento eficientista da *Law and Economics*, e amparadas no discurso do medo. Esse tópico é apenas exemplificativo, de sorte que as matérias aqui elencadas serão tratadas de maneira breve.

Inicialmente, elegeu-se como tema os Tribunais da Copa⁷⁸. É que os direitos sociais, no contexto da AED, bem como do paradigma neoliberal, são comumente flexibilizados em prol do melhor e mais eficiente jogo das forças econômicas, num caminho único em que a busca do ganho imediato (leia-se maximização de riqueza) desconsidera o

⁷⁸ Para saber mais acerca desse tema, recomenda-se o artigo publicado por esta acadêmica em conjunto com seu orientador, cuja referência se faz ao final do trabalho.

tempo de amadurecimento do processo histórico de consolidação da solidariedade social e a ética.

Assim, cria-se no Direito um novo princípio: o do melhor interesse do mercado, de modo que o sistema jurídico não passa de um meio para se atingir o fim que é o crescimento econômico (ROSA; LINHARES, 2009, p. 51). Essa flexibilização de direitos resulta no já mencionado Estado social mínimo e Estado penal máximo. Sobre esse tema, entende Rosa (2009, p. 52):

Ao Estado, então, é resguardada a função interna de garantia da ordem social mediante o agigantamento do sistema de controle social (crimes, penalização e programas sociais), não sem a intervenção de organismos internacionais, como se verifica atualmente com o terrorismo, ameaça ecológica, armas químicas/nucleares e droga. [...] O mercado mundial unificado implica numa proeminência do mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos com diversas estratégias: a) Criação de Órgãos Supranacionais (OMC, dentre outros), nos quais as decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático; b) Validade das normas internacionais sobre o Direito interno, abrindo-se as portas pelo discurso dos Direitos Humanos; c) Reflexibilidade da estrutura do ordenamento jurídico interno; d) Poder de conglomerados e do capital financeiro que circula sem limites em face dos Estados.

É nesse cenário de flexibilização de direitos, que foi imposto, por determinação da FIFA, no campeonato da África do Sul de 2010⁷⁹, um “pacote” de leis penais, chamadas “*By Laws*”, cujo conteúdo impunha julgamentos a curtíssimo prazo, penas severas e aplicação quase que imediata⁸⁰. Tais leis não apenas criaram novos crimes não previstos pela legislação interna sul-africana, como também agravaram as penas dos crimes já existentes e restringiram os meios de defesa do acusado.

Sob o pretexto da necessidade de julgamentos rápidos (a AED diria “eficientes”), foram criados 56 tribunais de exceção, que custaram em torno de 10 milhões de dólares, com custo estimado de 100 mil dólares para cada processo (CERIOTTI; ROSA, 2011, p. 17), isso num país onde as desigualdades são gritantes e considerável parcela da população vive abaixo da linha da pobreza.

Os “Tribunais da Copa” constituem um exemplo não apenas da flexibilização dos Direitos, como também de que as regras do jogo são ditadas por organismos internacionais privados, de grande poderio econômico, que possuem o poder, inclusive, de derrogar a

⁷⁹ Estima-se que o Brasil não escapará dessa determinação em 2014.

⁸⁰ Os julgamentos eram, de fato, “eficientes”, pois ocorriam, literalmente, da noite para o dia, sem que houvesse tempo para o acusado constituir um advogado, quanto mais preparar sua defesa.

Constituição. Neste caso, a FIFA assumiu as rédeas do Direito pátrio sul-africano e suprimiu as garantias processuais constitucionais até então vigentes do “país anfitrião”⁸¹.

Esse estado de exceção, instaurado para durar, a princípio, enquanto durasse o torneio, permeou o senso comum teórico de considerável parcela dos juristas⁸², que ficaram admirados com a eficiência dos tribunais da copa, e perpetuou a exceção, tornando-a regra. É que, para os simpatizantes do fenômeno, pouco importa o fato de que um regulamento imposto por um organismo internacional tenha derogado as garantias constitucionais sul-africanas, se disso resultar num processo penal eficiente, no qual se tenha uma sentença proferida em 24 horas⁸³.

O que acontece, portanto, é que o discurso da eficiência, exaltado pela *Law and Economics*, sobressai à garantia dos Direitos Fundamentais, fenômeno típico do paradigma neoliberal, onde os princípios e categorias como “soberania, legalidade, hierarquia das leis, direitos subjetivos, igualdade formal, cidadania e equilíbrio dos poderes” são relativizados, quando não aniquilados (FARIA, 2004, p. 358).

Outro fenômeno digno de estudo é a inversão do ônus da prova no processo penal. Esse caso foi elencado para exemplificar de que forma o modelo neoliberal pretende impedir, o máximo possível, a intervenção do Estado nas áreas sociais, deixando-o com o papel repressivo, cujo monopólio nunca perdeu. Em outras palavras, trata-se do Estado Social Mínimo e Estado Penal Máximo, duas faces da mesma moeda: o sistema neoliberal.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no que diz respeito aos crimes contra o patrimônio, possui o entendimento de que, se a coisa subtraída (*res*) é encontrada na posse do acusado, é então invertido o ônus da prova do processo penal e, no lugar de o Ministério Público colher as provas necessárias à condenação, é o denunciado quem deve provar que não praticou a conduta que lhe é imputada⁸⁴.

⁸¹ Incluídas aí o contraditório, ampla defesa, juiz natural, dentre outras. Ainda, a FIFA cria novos tipos penais com reprimendas bastante severas a fim de punir aqueles que promovem promoção e propaganda de marcas não patrocinadoras do mundial. Um caso que gerou certa repercussão foi o das holandesas, que foram detidas por estarem usando vestidos laranjas em um dos jogos da Holanda, o que, segundo a FIFA, significava propaganda de uma marca de cerveja não autorizada. O interesse nesse tipo de punição, evidentemente, é econômico e visa proteger os interesses da FIFA, em cujo poder está o monopólio do comércio das marcas que patrocinam o evento.

⁸² Dentre eles, a juíza Cherril Lootes, responsável por um dos tribunais de exceção, o professor de direito constitucional Pierre de Vos, da Universidade da Cidade do Cabo, etc.

⁸³ Nesse sentido, não se ignora que o discurso da eficiência é um discurso sedutor.

⁸⁴ Aliás, grande parte dos tribunais nacionais compartilham desse entendimento, com exceção do Rio Grande do Sul, famoso por sua visão mais “progressista”.

A título de exemplo, transcreve-se a seguinte ementa de julgado recente do tribunal⁸⁵:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU ENCONTRADO, NA DATA DOS FATOS, NA POSSE DA RES FURTIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ÁLIBI NÃO COMPROVADO. BENS SUBTRAÍDOS RECONHECIDOS PELA VÍTIMA. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS ALIADOS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO QUE BASTAM À MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

O princípio da presunção de inocência é comando de ordem supralegal, isto é, trata-se de disposição de nível constitucional, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna⁸⁶. A inversão do ônus da prova no processo penal, nada mais é do que a jurisprudência derogando um comando constitucional digno de ocupar o seleto rol do art. 5º⁸⁷. Assim, esse fenômeno só faz confirmar o fato de que o Direito, no paradigma neoliberal, é decisão, e o Estado Penal é máximo em repressão das classes que não se enquadram nos padrões capitalistas de consumo, basta ver que este *frankstein* jurisprudencial, importado do processo civil, serve para punir os acusados de crimes contra o patrimônio nos casos em que não há provas suficientes para condenação – ocasiões em que deveria imperar o consagrado *in dubio pro reo*⁸⁸. No entanto, como sempre há que se achar um culpado, na dúvida não mais se absolve, e sim se inverte o ônus da prova.

Por fim, deve ser feita uma breve explanação acerca de um tema bastante atual: o monitoramento ilegal de comunicações feito pelos Estados Unidos. Recentemente, veio à tona a revelação de que os Estados Unidos, através de sua agência nacional de segurança, têm monitorado os dados de internet de todo o mundo (Google, Facebook, Apple e Microsoft), bem como ligações telefônicas, o que causou certa repercussão a nível mundial⁸⁹.

A justificativa dada pelo governo norte-americano para este tipo de invasão de privacidade é o combate ao terrorismo⁹⁰, ao argumento de que não se pode ter 100% de

⁸⁵ Apelação Criminal n. 2012.086320-3, de Canoinhas/SC, Rel. Torres Marques, Terceira Câmara Criminal, j. em 05/02/2013.

⁸⁶ Dispõe o referido comando: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

⁸⁷ Vale lembrar que nos Estados Unidos, país de tradição da *common Law* e berço do neoliberalismo e da *Law and Economics*, o processo penal é um jogo de concessões, onde se negociam o enquadramento da conduta, o tempo de prisão, os custos, dentre outros, fenômeno este que pode ser verificado, guardadas as devidas proporções, nos Juizados Especiais Penais brasileiros (ROSA, 2013, p. 75).

⁸⁸ Nesse sentido ver: ROSA, 2013, p. 70.

⁸⁹ A notícia pode ser conferida na íntegra em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/06/1291350-obama-diz-que-monitoramento-de-dados-foi-informado-ao-congresso.shtml>.

⁹⁰ O combate ao terrorismo é uma das bandeiras do discurso do medo, legitimador das práticas neoliberais e da AED, conforme já tratado neste capítulo.

segurança nacional com 100% de privacidade, por isso se justificaria a flexibilização desta para que se alcance aquela.

A interceptação dos dados de qualquer morador dos EUA suspeito de integrar associação terrorista, feita por meio de determinação judicial secreta, foi autorizada pelo “*Patriot Act*”, criado em 2001 pelo governo do republicano George W. Bush, mas, apesar de sua aparente autorização legal, tal monitoramento não costumava acontecer de forma indiscriminada.

Com isso, tem-se mais um exemplo de como o discurso do medo, da segurança nacional e do combate ao terrorismo, seguindo-se o Direito Penal do Inimigo (JAKOBS; CANCIO MELLIÁ, 2003), autorizam a tomada de qualquer tipo de medida por parte do Estado, à revelia da Constituição, consistindo em mais uma forma de flexibilização de direitos fundamentais. Os Estados Unidos, nesse aspecto, representam o “Grande Irmão” de Orwell, figura que permanentemente vigia e controla a sociedade num (até então) futuro distópico...

3.4. Serão todos *homines sacri*?

Resta, por fim, o desafio de responder a esta importante questão: dentro do contexto apresentado (paradigma neoliberal e *Law and Economics*), estarão todos indivíduos reduzidos à condição de *homo sacer*? A resposta, já se adianta, é positiva.

Com a modernidade, a insacrificabilidade do *homo sacer* não mais corresponde, necessariamente, à vedação de sua morte conforme os ritos previstos na religião, uma vez que os rituais religiosos perderam importância nos países ocidentais. Portanto, essa insacrificabilidade, com o passar do tempo, modificou seu sentido original, de modo que atualmente traduz a exposição da vida às formas mais extremas de violência. Nas palavras de Agamben (2007, p. 120-121):

A dimensão da vida nua, que constitui o referente da violência soberana, é mais original que a oposição sacrificável/insacrificável e acena na direção de uma ideia de sacralidade que não é mais absolutamente definível a partir da dupla (que, nas sociedades que conheciam o sacrifício, não possui nada de obscuro) idoneidade para o sacrifício/imolação nas formas prescritas pelo ritual. Na modernidade, o princípio da sacralidade da vida se viu, assim, completamente emancipado da ideologia sacrificial, e o significado do termo sacro na nossa cultura dá continuidade à história semântica do *homo sacer* e não à do sacrifício (daí a insuficiência das desmistificações, ainda que justas, hoje propostas por várias partes, da ideologia sacrificial). O que temos hoje diante dos olhos é, de fato, uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, mas precisamente nas formas mais profanas e banais. O nosso tempo é aquele em que um *weekend* de feriado produz mais vítimas nas autoestradas da Europa do que uma campanha bélica.

Assim, por exemplo, durante a Segunda Guerra Mundial, essa insacrifibilidade do *homo sacer* correspondeu à exposição dos judeus a formas extremas de violência, as quais buscaram seu completo extermínio no Estado nazista⁹¹. A dimensão desse extermínio é marcada pela eliminação humana como vida nua (eliminação em massa), situando-se no âmbito da biopolítica – fora do direito e da religião, nem propriamente vida, nem política.

Nesse sentido, a expressão mais acabada do estado de exceção seria a realidade dos campos de concentração nazistas, como espaço de produção da vida nua. E para o autor, o campo de concentração ainda está presente no mundo atual. Diz respeito aos espaços fora do alcance do ordenamento jurídico, mas dentro de Estados, produzidos pela decisão soberana⁹².

O novo sujeito da política, assim, não é mais sequer identificado como *homo* (homem/cidadão), mas sim meramente como *corpus* (corpo)⁹³, o qual se caracteriza por ser um indivíduo bifronte, que deve se sujeitar ao soberano ao mesmo tempo em que tem – ao menos em tese – asseguradas suas liberdades individuais.

Pode-se dizer, portanto, que a política atual encontra seu fundamento na exceção da vida nua. Agamben exemplifica esses fenômenos, demonstrando como se dão na prática, a partir das figuras dos “*military order*” e “*detainees*” americanos, medidas tomadas após o 11 de setembro de 2001, e que, além de instaurarem um verdadeiro estado de exceção permanente, na sua forma mais extrema, reduziram, expressamente, categorias inteiras de indivíduos à condição de *homo sacer*⁹⁴ (AGAMBEN, 2004, p. 14-15):

O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na “*military order*”, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a “indefinite detention” e o processo perante as “*military commissions*” (não confundir com os tribunais militares previstos pelo direito de guerra) dos não cidadãos suspeitos de

⁹¹ O qual não diz respeito apenas ao extermínio de milhares de judeus, mas sim, inclusive, de indivíduos com doenças terminais ou anormalidades mentais, de modo que a decisão sobre a vida nua se caracterizou, no Reich, como uma espécie de autoafirmação do poder soberano, que, em nome da garantia da “qualidade genética” da nação, tomou para si o poder de decisão sobre a morte dos corpos cujas vidas eram consideradas “indignas de serem vividas”, inclusive no que concerne à eutanásia – em evidente separação entre *zoé* e *bíos*. Nas palavras de Agamben (2007, p. 149): “Se a eutanásia se presta a essa troca, isso ocorre porque nela um homem encontra-se na situação de poder separar em um outro homem a *zoé* da *bíos* e de isolar nele algo como uma vida nua, uma vida matável. Mas, na perspectiva de uma biopolítica moderna, ela se coloca sobretudo na intersecção entre a decisão soberana sobre a vida matável e a tarefa de zelar pelo corpo biológico da nação, e assinala o ponto em que a biopolítica converte-se necessariamente em tanatopolítica”.

⁹² Ou, muitas vezes, indecisão soberana, pois não decidir passa também por um ato de decisão.

⁹³ Daí a expressão *habeas corpus*, até hoje utilizada e que, em sua origem, significava o dever de exibição do corpo do imputado para justificar a manutenção de sua detenção.

⁹⁴ Importante salientar que aqui se trata da identificação expressa de indivíduos na categoria de *homo sacer* porque, muitas vezes, essa inclusão é velada, tornando quase que indiscernível a passagem da vida normal para a *sacratio*. Ademais, nesse caso, todos aqueles rotulados como “terroristas” (assim como na modernidade o mesmo é feito com os ditos “traficantes”) passaram para a condição de extrema - e desejável - condição de matabilidade e insacrifibilidade.

envolvimento em atividades terroristas. Já o USA Patriot Act, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* “manter preso” o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo “a segurança nacional dos Estados Unidos”; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre a imigração ou de algum outro direito. A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiro de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos *Lager* nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade dos judeus. Como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação.

Logo, conforme se infere do trecho acima, na política contemporânea, a figura do *homo sacer* está mais presente do que nunca. No entanto, não é mais tão fácil identificá-lo e separá-lo dos demais indivíduos, pois a sacralidade desloca-se para zonas cada vez mais vastas e obscuras, coincidindo com a própria vida biológica dos cidadãos. Desse modo, o fato de não mais ser possível a diferenciação da vida natural para a vida nua talvez decorra de que, hoje, essa diferenciação já não exista, uma vez que todos são, em alguma medida, *homo sacer*.

Não apenas a vida nua, mas também o soberano não é tão facilmente identificado na modernidade, pois não se concentra na figura de um único indivíduo. Além da reconhecida soberania sem rosto e sem etnia do mercado, a soberania se deslocou para zonas amplas da vida social, entrando em simbiose íntima com o jurista, o médico, o cientista, o perito, o sacerdote, enfim, todo aquele que possui, de alguma forma, o poder de decisão sobre a vida nua e, no estado moderno, a decisão sobre a vida nua corresponde à decisão sobre a morte, sobre o fim da existência daqueles que não são dignos de viver (AGAMBEN, 2007, p. 128).

Assim, o que no início do século passado se conheceu pela eliminação dos judeus, hoje continua sob as mais diversas formas de eliminação humana, não apenas de raças, mas principalmente de estratos sociais inteiros que não se adéquam ao modelo de produção capitalista, pois a lógica do mercado transforma todos os sujeitos, ricos ou pobres, em objetos descartáveis (ROSA, 2013, p. 74).

O *homo sacer* de Agamben foi transformado pela AED em *homo economicus*, a partir da redução de todos os homens à categoria de meros consumidores – quando não considerados as próprias mercadorias – ou fornecedores de capital e mão-de-obra barata, sendo facilmente descartados quando não mais necessários, por meio de sua própria exclusão.

Os rostos do poder, encobertos e maleáveis, transformam o *homo economicus* em um ser alienado, acrítico, incapaz de pensar e questionar o modelo que está posto e, assim, produzem os corpos dóceis⁹⁵ de que necessitam para cumprir suas exigências de consumo, sem qualquer capacidade de reflexão acerca de seus atos. Sobre esse fenômeno, elucida Rosa (2009, p. 114):

[...] na economia, tudo possui um valor para ser negociável no mercado de vendas/trocas, sem que haja algo para além disso, levando à objetificação do humano. A contradição do capitalismo, todavia, é o seu grande mecanismo de reinvenção ao utilizar tudo o que se produz para realimentar o próprio sistema de “mais-valia”. Caracterizado pelo signifiante do excesso, tudo é demais... rebaixa a categoria sujeito a meros indivíduos, “homo sacer” de Agamben, jogados na reflexibilidade natural da vida cotidiana. Sabe-se pela psicanálise que a relação do sujeito com o outro é sempre traumática, justamente porque o outro parece gozar do objeto, isto é, possuir uma relação privilegiada com o objeto que nos falta. [...] A paz decorrente da “eficiência econômica”, na forma prometida, é mero simulacro, justamente por ser incompatível com seu núcleo vazio: o mercado.

Assim, a política e a “democracia” (capitalista) atuais não provocam a extinção da vida sacra (no sentido de sua abolição). Pelo contrário, são responsáveis por disseminar a diluir a vida nua em todos os extratos sociais e instituições de poder, de modo a torná-la vida politicamente irrelevante que, como tal, pode ser impunemente eliminada. Logo, cada sociedade elege seus *homines sacri* e, na modernidade, ante a impossibilidade de delimitação subjetiva dessa categoria, pode-se dizer que a vida sacra coincide e está presente no interior da vida humana de cada cidadão, ou seja, não está mais restrita a um lugar particular ou uma classe definida, mas habita o corpo biológico de cada indivíduo, constituindo uma sociedade que se funda a partir da própria exclusão da vida nua (AGAMBEN, 2007, p. 146).

Nesse ponto, vale a pena retomar brevemente o que foi dito acerca dos direitos humanos e ajuda humanitária, no tópico que cuidou dos discursos de legitimação da doutrina neoliberal da própria *Law and Economics*. Para Agamben (2007, p. 140), esse aspecto se constitui como uma das mais visíveis manifestações da vida nua desse tempo. No discurso dos Direitos Humanos, que separa o “humanitário” do “político” (declara-se apolítico), as vidas sacras dos países pobres são consideradas objeto de ajuda e proteção, dignas de piedade

⁹⁵ Sobre a produção dos corpos dóceis por parte do sistema capitalista, Agamben afirma que “o desenvolvimento e o triunfo do capitalismo não teria sido possível, nessa perspectiva, sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os “corpos dóceis” de que necessitava” (AGAMBEN, 2007, p. 11). Em outra obra, “Medios sin fin”, Agamben compara aqueles sujeitos que sobreviveram aos campos de concentração, que não conseguiam testemunhar e nem comunicar aquilo que tinham vivido, pois saíram da experiência nazista vazios e desorientados, aos sujeitos dos tempos presentes, que não conseguem falar sobre tudo o que vivenciam e se silenciam frente ao próprio destino (AGAMBEN, 2001, p. 101).

por parte dos países ricos. O resultado é a ocultação dos reais interesses desses países⁹⁶, que são eminentemente econômicos (vide o caso do petróleo para os EUA), e utilizam-se do discurso da ajuda humanitária apenas como pretexto para penetrar nos Estados pobres e desconstituir sua soberania, levando, ao invés de ajuda, mais fome, exploração e miséria, quando não provocam conflitos armados e guerras civis internas⁹⁷. Logo, o que se verifica é o extermínio, nas mais diversas formas, da vida sacra.

Sobre as disparidades sociais provocadas pelo sistema capitalista, a AED comumente invoca o discurso da “escassez dos recursos”, e coloca como solução a racionalização dos seus métodos de utilização, para que sejam empregados do modo mais eficaz possível, a fim de não haver desperdícios. A verdade é que não existe escassez, mas sim má distribuição dos recursos já existentes, o que é reflexo da desigualdade social e econômica, própria do sistema capitalista, excludente por natureza⁹⁸. Enquanto o direito de propriedade ocupar a posição de objeto máximo de tutela do Direito, continuará havendo métodos de se exterminar aqueles aos quais não se quer distribuir sequer as migalhas. E isso se dá, por exemplo, através de execuções sumárias, que provocam o extermínio de pessoas (inclusive crianças) como se fossem pragas a serem combatidas, quando não são tais sujeitos capturados pelo sistema penal. Nesse ponto, Galeano (1999, p. 18-19) traz dados interessantes:

Nos países latino-americanos, a hegemonia do mercado está rompendo os laços da solidariedade e fazendo em pedaços o tecido social comunitário. Que destino têm os joões-ninguém, os donos de nada, em países onde o direito de propriedade já se torna o único direito? E os filhos dos joões-ninguém? Muitos deles, cada vez mais numerosos, são compelidos pela fome ao roubo, à mendicância e à prostituição. A sociedade de consumo os insulta oferecendo o que nega. E eles se lançam aos

⁹⁶ Muitas vezes, os reais interesses nem estão tão ocultos assim, e o discurso manifesto sequer se preocupa em escondê-los, mas sim “amenizar” os seus efeitos, a partir da utilização de eufemismos. Eduardo Galeano observa que “Hoje em dia não fica bem dizer certas coisas perante a opinião pública: O capitalismo exibe o nome artístico de *economia de mercado*; O imperialismo se chama *globalização*; As vítimas do imperialismo se chamam *países em vias de desenvolvimento*, que é como chamar meninos aos anões”. (GALEANO, 1999, p. 41).

⁹⁷ A propósito, as guerras civis atuais já se encontram naturalizadas e legalizadas. De acordo com Agamben (2004, p. 13), o totalitarismo moderno consiste na instauração de uma guerra civil legal por meio do próprio estado de exceção generalizado, que permite “a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”.

⁹⁸ Os dados lançados pelo BNDS apontam que de 1981 a 2001 pouca coisa mudou (e o que mudou foi pra pior) no que diz respeito à concentração de renda no Brasil – o que demonstra que o modelo neoliberal nada fez nesse sentido, pelo contrário, conforme já se demonstrou. Em 2001, os 10% mais ricos detinham 47% da renda total. A metade mais pobre da população, por sua vez, detinha cerca de 13% da renda total, cujo valor está progressivamente caindo. Nesse mesmo ano, havia cerca de 53 milhões de pobres e indigentes no país, sendo que mais de 50% das crianças de até 2 anos de idade são consideradas pobres. O relatório mostra ainda que a quantidade de pobres no Brasil é superior à “esperada” para o seu nível de “desenvolvimento econômico”, e que a causa disso é a desigualdade. Para mais dados, acessar o Painel de Distribuição de Renda, promovido pelo BNDS.

Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_debate/3-DistrRenda.pdf. Acesso em: 12/06/2013.

assaltos, bandos de desesperados unidos pela certeza de que a morte os espera: segundo a UNICEF, em 1995 havia oito milhões de meninos abandonados, meninos de rua, nas grandes cidades latino-americanas. Segundo a organização Human Rights Watch, em 1993 os esquadrões parapoliciais assassinaram seis meninos por dia na Colômbia e quatro por dia no Brasil.

Assim, “a redução do homem à vida nua é hoje a tal ponto um fato consumado, que é essa doravante a base de identidade que o Estado reconhece aos seus cidadãos” (AGAMBEN, 2010, p. 68). Essa vida biológica submetida ao controle estatal se torna ainda mais nua quando localizada no interior de um sistema excludente, onde os recursos existentes não são equitativamente distribuídos, o que faz com que o discurso neoliberal apele para argumentos falaciosos como o da escassez para justificar e naturalizar a desigualdade, bem como legitimar o domínio dos corpos pelo mercado, por meio de uma violência anônima e cotidiana (AGAMBEN, 2001, p. 96), mas nem por isso menos eficaz. Nesse contexto, o estado de exceção está estritamente ligado com a relação que une ou separa o sujeito do direito e, nos tempos atuais, essa relação se perfectibiliza através do abandono.

Para finalizar o presente estudo, é preciso deixar claro que, apesar da crítica desenvolvida contra o discurso da *Law and Economics*, isso não quer dizer que se deva rejeitar, de todo, a teoria. Por certo, há institutos que podem ser aplicados, por exemplo, para melhor gerir a distribuição dos recursos de maneira mais igualitária, evitando-se o desperdício inútil, porquanto a análise de custos/benefícios e estatística não é, em si mesma, prejudicial, ao contrário, é importante para a gerência do sistema judicial.

O problema, contudo, é como a AED manipula esses dados e se utiliza deles para prescrever o conteúdo das normas jurídicas e decisões judiciais, sob a aparência de discurso universal (ROSA; LINHARES, 2009, p. 73). Ela é uma ferramenta, dentre tantas outras, que deve ser manejada buscando sua aplicação de maneira democrática, não voltada à maximização da riqueza, mas sim à promoção da justiça social.

Portanto, sua aplicação não pode se dar sem que antes haja um debate sério, que leve em consideração os pressupostos do Estado Democrático de Direito, que não pode se curvar unicamente aos interesses econômicos. Para tanto, antes de mais nada, a AED deve ser retirada do manto do discurso neutro e científico, assumindo sua posição ideológica e neoliberal. O que precisa ser rompida é a farsa neoliberal do discurso de liberdade e democracia para todos (ROSA, 2009, p.140). É preciso saber com o que se está lidando.

Enquanto a própria estrutura capitalista, excludente por natureza, for mantida como modelo hegemônico, é preciso manejar as armas que se têm em mãos e, nesse aspecto, não se pode negar que o Direito é uma delas. O objetivo, portanto, é afastá-lo da proteção dos

interesses econômicos e de mercado e tentar aplicá-lo de maneira a minimizar as disparidades de uma sociedade desigual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirado pelos confrontos globais, especialmente pela Segunda Guerra Mundial, que gerou um saldo de extermínio humano sem precedentes, Giorgio Agamben começou a estudar o estado de exceção moderno e percebeu na figura do campo de concentração a vida em sua forma mais nua, ante sua submissão a formas extremas de violência. A esta vida nua, o autor designou *homo sacer*, retomando uma célebre e antiga figura do direito romano, que possuía duas características essenciais: a impunidade de sua morte e o veto de seu sacrifício. Em outras palavras, a exclusão tanto da jurisdição humana quanto das leis divinas.

Schmitt, por sua vez, em sua célebre frase: “soberano é aquele que decide pelo estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 11), com a qual inicia a obra “Teologia Política”, tratou de relacionar, em poucas palavras, os conceitos de estado de exceção, soberania e decisão, unindo tais categorias com uma pertinência ímpar e tratando a decisão como o elo que une o soberano ao estado de exceção.

Com efeito, o marco histórico da Primeira Guerra Mundial é fundamental para o estudo do estado de exceção, principalmente porque as técnicas de governo nela desenvolvidas se aperfeiçoaram e continuaram sendo utilizadas após o término do confronto.

No entanto, passadas as duas grandes guerras mundiais, o conflito não era mais bélico, e sim econômico, mas nem por isso provocador de menos extermínio, pelo contrário. O antigo paradigma do Estado de Bem-Estar Social, adotado no pós-guerra, passou a ser atacado sob o argumento de que gerava insuportáveis gastos aos cofres públicos, sendo então substituído pelo modelo Neoliberal, cuja principal consequência foi o aumento exponencial do nível de desigualdade social e concentração de renda.

A tese neoliberal básica consiste na crença de que não mais o Estado, e sim o mercado, constitui o instrumento melhor e mais eficaz de satisfação das necessidades pessoais, porque contém mecanismos de autorregulação – algo semelhante à “mão invisível” de Adam Smith, presente no discurso liberal. Partindo desse pressuposto, o discurso neoliberal combate toda e qualquer forma de redistribuição de riquezas ou rendas em favor das classes subalternas, transformando o Estado em mínimo social e máximo penal, ou seja, sua política toca diretamente a relação de gastos que o Estado mantém com as necessidades essenciais da sociedade civil, pretendo reduzi-los ao máximo, ao mesmo tempo em que aumenta a repressão por meio do sistema penal.

Nos países mais pobres, como é o caso do Brasil, as consequências da implementação do neoliberalismo são ainda mais extremas, repercutindo no aumento do desemprego, baixos salários, aumento da desigualdade social e cada vez mais dependência – e subordinação – do capital internacional. Além disso, os indivíduos são reduzidos à condição de meros consumidores – quando não fazem o papel eles próprios das mercadorias –, instaurando o pensamento único e gerando a impressão de que a desigualdade e a pobreza são fenômenos “naturais”, e não há nada o que fazer a respeito, afinal, no jogo mercadológico, enquanto uns hão de ganhar, outros hão de perder. Essa atribuição generalizada de valor econômico a tudo reflete na escolha por parte do neoliberalismo da “eficiência” como um de seus princípios mais fundamentais.

É nesse cenário – e não por acaso – que nasce a Análise Econômica do Direito, inicialmente nos Estados Unidos, durante o Século XX, e que hoje atingiu proporções planetárias e já penetrou em praticamente todas as áreas do direito, seja responsabilidade civil, contratos, família, penal, ambiental, administrativo, processual, etc; inclusive se tornando fundamento importante de decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal, daí porque a relevância de compreender o fenômeno mais a fundo.

Medidas hoje absorvidas pelas constituições de países ditos democráticos e práticas normalizadas nos ordenamentos jurídicos pós-guerra, não surgiram por acaso, mas sim possuem origens totalitárias no contexto dos grandes conflitos globais, razão pela qual, atualmente, prestam-se a instaurar, das mais diversas formas, o estado de exceção permanente e concretizam-se como verdadeiras técnicas de governo.

Surgida, portanto, do paradigma neoliberal, a *Law and Economics* compartilha dos mesmos pressupostos de racionalismo e eficiência, e tem como objetivo central a maximização das riquezas para que sejam investidas diretamente no mercado, e não “desperdiçadas” em programas sociais, de modo que o referido movimento transforma o Direito num instrumento econômico do neoliberalismo.

Levando-se em conta tal conjuntura, pretendeu-se demonstrar que, atualmente, está-se diante de um verdadeiro estado de exceção permanente, cujas diretrizes são ditadas pelo sistema econômico. Nesse contexto, em que o estado de exceção se tornou a regra, o imperialismo atual deixa de ser protagonizado por um Estado em face de outros, para passar às mãos dos grandes organismos financeiros e suas agências (a exemplo das multinacionais, conglomerados econômicos e bancos mundiais), os quais se valem de mecanismos ideológicos legitimadores para manter sua opressão. Esse novo poder é mais perigoso e difícil de ser combatido se comparado ao imperialismo tradicional, uma vez que é exercido por

organismos sem rosto, sem nação e sem etnia, representados apenas pelo capital flutuante e especulativo. E o resultado disso é o rompimento da noção de Estado-Nação e constante perda da soberania estatal.

A teoria da AED reforça a naturalização da desigualdade já existente, contabilizando-a como mais um custo inerente ao sistema social, que se inclina na progressiva diminuição do gasto público. Para propagar suas ideias, bem como mascarar sua verdadeira face, declara-se neutra, científica e universal, e utiliza-se de discursos de legitimação, cujos principais são o do medo, da segurança nacional e dos direitos humanos.

O sistema judiciário, no modelo da AED, tem como função a redução das externalidades para que se atinja o custo zero na transação, partindo-se dos pressupostos da busca da eficiência e máxima racionalidade dos indivíduos. Assim, segundo a teoria, o Estado deve ser convocado apenas em últimos casos, quando necessário para a garantia do bom funcionamento do mercado, das transações econômicas e dos contratos, ocasiões em que a intervenção estatal é eficiente em razão da sua força de coerção. Esta é apenas mais uma das manifestações do modelo de estado mínimo, onde a lógica eficientista e sua análise de custo/benefício são vistos como fins em si mesmos, colocando a pretensão de efetividade da justiça em segundo plano.

Desta forma, o discurso da AED contribui para que o estado de exceção se torne a regra e passa a representar o próprio paradigma de formação da ordem jurídica e, para legitimar e naturalizar a desigualdade, não raro invoca o discurso da “escassez dos recursos”, e coloca como solução a racionalização dos seus métodos de utilização, para que sejam empregados do modo mais eficaz possível, a fim de não haver desperdícios. Contudo, a verdade é que não há escassez, mas sim má distribuição dos recursos já existentes, o que é reflexo da desigualdade social e econômica, própria do sistema capitalista, excludente por natureza.

Pode-se dizer, portanto, que a política atual encontra seu fundamento na exceção da vida nua. Nesse contexto, entende-se que todos os indivíduos estão reduzidos à condição de *homo sacer* e sua insacriticabilidade não mais corresponde à vedação da morte conforme os ritos previstos na religião, mas sim se traduz na exposição da vida às formas mais extremas de violência. Ademais, embora a figura do *homo sacer* esteja mais presente do que nunca na vida política atual, não é mais tão fácil identificá-lo e separá-lo dos demais indivíduos, pois a sacralidade desloca-se para zonas cada vez mais obscuras, coincidindo com a própria vida biológica dos cidadãos. Desse modo, o fato de não mais ser possível a diferenciação da vida

natural para a vida nua talvez decorra de que, hoje, essa diferenciação já não exista, uma vez que todos são, em alguma medida, *homo sacer*.

Levanto-se em conta que, conforme já conceituado por Agamben, *homo sacer* é aquele com relação ao qual todos os homens são soberanos e soberano é aquele com relação ao qual todos os outros são *homines sacri*, não é apenas a vida nua que é impassível de individualização na política moderna, como também o soberano. Ao mesmo tempo em que este se concentra na figura sem rosto do mercado, ele também se desloca para outras zonas da vida social, identificando-se, por vezes, com jurista, o médico, o cientista, o perito, o sacerdote, e todos mais que possuam, de alguma forma, o poder de decisão sobre a vida e morte, sobre quem é e quem não é digno de (sobre)viver.

Este *homo sacer* de Agamben foi transformado pela AED em *homo economicus*, porquanto os homens passaram a ser tratados como consumidores ou, por vezes, como mercadorias, sendo facilmente descartados quando não mais necessários, por meio do abandono. O *homo economicus* caracteriza-se por sua alienação e é incapaz de pensar e questionar o modelo que está posto, reduzindo-se a meros corpos dóceis necessários ao cumprimento das exigências de consumo do mercado.

Portanto, atualmente, pode-se dizer que a vida sacra coincide e está presente no interior da vida humana de cada indivíduo, constituindo uma sociedade que se funda a partir da própria exclusão da vida nua. O Direito, nesse cenário, ocupa importante papel na perpetuação desta exclusão, ao colocar o direito de propriedade como objeto máximo de tutela e, assim, possibilitando a criação de métodos de se exterminar aqueles aos quais não se quer distribuir sequer as migalhas.

Embora este estudo tenha tratado da crítica ao atual modelo neoliberal e à *Law and Economics*, como movimento fruto do paradigma hegemônico, não se rejeitam, de todo, as construções teóricas do movimento. A questão é que, de se partir para a aplicação de seus pressupostos, é preciso fazer um sério debate acerca de como eles são manipulados pela AED sob a aparência de método científico e universal, e é justamente à promoção desse debate crítico que o presente trabalho se propõe. E aí reside sua importância, principalmente porque a teoria vem sendo aplicada a praticamente todos os campos do Direito, sem que haja reflexões a respeito da clara posição ideológica neoliberal que está escondida por detrás de um discurso aparentemente neutro, o que é perigoso na medida em que escamoteia sua real pretensão.

Portanto, no atual estado das coisas, enquanto viger o modelo capitalista, do qual a exclusão é parte inerente, é preciso saber manejar as armas que se têm em mãos, para que se busque, senão eliminar, ao menos diminuir as desigualdades existentes e lutar pela justiça

social. Nessa tarefa, o Direito não apenas pode, como deve, assumir seu papel e tomar para si a responsabilidade de minimizar as disparidades sociais e desigualdades em geral, as quais, no entanto, apenas poderão ser de fato eliminadas a partir do momento em que o a ordem jurídica retirar de seu centro de proteção os direitos patrimoniais e interesses do mercado e voltar-se às demandas sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Estancias. La palabra y el fantasma en la cultura occidental**. Trad. Tomás Segovia. Valencia: Pre-Textos, 2006.

_____. **Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. **Infância e História. Destruição da experiência e origem da história**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

_____. **La comunidad que viene**. Trad. José Luis Villacañas, Claudio la Rocca e Ester Quirós. Valencia: Pre-Textos, 2006.

_____. **Lo abierto. El hombre y el animal**. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2005.

_____. **Medios sin fin. Notas sobre la política**. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2000.

_____. **Nudez**. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade**. Vol. 09. N. 29, jul/dez 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>. Acesso em: 10/mai/2013.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.) **Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ARAGÓN, Nuria de Querol. **Análisis Económico del Derecho. Teoría Y aplicaciones**. 1ª ed. Espanha: Enero, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Archipiélago de excepciones + Comentarios de Giorgio Agamben y debate final**. Trad. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Katz Editores, 2005.

BENJAMIN, Walter. **Para una critica de la violencia**. Buenos Aires: Leviatán, 1995.

BERCOVOCI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: a atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

_____. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. In: Pensar Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev/2006. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780>. Acesso em: 10/jun/2013.

_____. **O Estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro.** Boletim de Ciências Económicas, Coimbra, v. 47, p. 149-180, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial.** São Paulo: Malheiros, 1999.

BORBA, Luis Villar. **Donoso Cortés y Carl Schmitt.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

BORÓN, Atilio. **A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal.** In: SADER, Emir;

GENTILLI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, Distrito Federal: Senado Federal, 1988.

_____. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do poder judiciário.** Brasília: Ministério da Justiça, 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 09/jun/2013.

_____. Banco Nacional do Desenvolvimento. **Painel Distribuição de Renda.** Brasília: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, 2003. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_debate/3-DistrRenda.pdf>. Acesso em: 12/jun/2013.

CABANELLAS, Guillermo. Kluger, Viviana (comp.). **Análisis Económico del Derecho.** 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben. Uma arqueologia da potência.** Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CERIOTTI, Ana Carolina; ROSA, Alexandre Morais da. Será que o novo CPP somente virá em 2014: Os perigos dos “Tribunais da Copa do Mundo”. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). **70 anos do código de processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 13-23.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia.** São Paulo: 2004. Editora Ática.

CHOSMKY, Noam. **A política externa dos Estados Unidos da Segunda Guerra Mundial a 2002.** Trad. Paulo Alves de Lima Filho. São Paulo: Movimento Consulta Popular, 2005.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law.** Chicago: Chicago University Press, 1988.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **O Caráter Científico da Análise Econômica do Direito: Uma explicação de sua influência como doutrina jurídica.** Disponível em:

http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4629. Acesso em: 31/mai/2013.

COOTER, Robert e ULEN Thomas. **Direito e Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. *In: JURISPOIESIS – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças. Sobre a nova servidão na sociedade neoliberal**. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

EZCURRA, Ana María. **¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente**. Buenos Aires: Lugar Editorial S/A, 2005.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORI, José Luís. Globalização, hegemonia e império. *In: TAVARES, Maria da Conceição; FIORI, José Luís (org.). Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 87-147.

FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. New Jersey: Princeton University Press: 2000.

FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Economic analysis and comparative law. *In: Bussani, Mauro; MATTEI, Ugo. Cambridge companion to comparative law*. Trabalho apresentado em: **Law and Economics na Europa e EUA: uma visão comparada**. Porto Alegre, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIKO JR. Ivo T. **O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução**. Coord. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: introdução ao movimento law and economics. *In: Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 73, p.01-10, junho/julho, 2005.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/ArnaldoGodoy_Rev73.pdf, acesso em 21/mai/2013.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude. Uma incursão pela análise econômica do Direito. *In: Revista Jurídica*, Curitiba: Unicuritiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>. Acesso em: 10/jun/2013.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2008.

HAYEK, Friedrich von. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 6ª ed., 2010. Disponível em: <http://www.mises.org.br/files/literature/O%20CAMINHO%20DA%20SERVID%C3%83O%20-%20WEB.pdf>. Acesso: 05/jun/2013.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELLÍ, Manuel. **Derecho penal del inimigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LOWY, Michel. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Trad. Juarez Guimarães. São Paulo: Cortez, 1998.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings. 3ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política, volumes I e II**. Trad. João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2ª ed., 2011.

_____; MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23.

SALAMA, Bruno Meyerhof. (organizador). **Direito e Economia. Textos Ecolhidos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2012.086320-3**, de Canoinhas/SC, Rel. Torres Marques, Terceira Câmara Criminal, j. em 05/02/2013.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMITT, Carl. **Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Disponível em: <http://www.zahar.com.br/sites/default/files/arquivos//t1164.pdf>. Acesso: 05/jun/2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZYLBERSTAJN, Decio e SZTAJN Raquel. **Direito e Economia**. 2ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SCHMITT, Carl. **Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

_____. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Romanticismo Político**. Trad. Luis A. Rossi e Silvia Schwarzböck. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2000.

ZARKA, Yves Charles (coord.). **Carl Schmitt y el mito de lo político**. 1ª ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 2010.